Die Befreiung aus der Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshaus oder aus sonstiger behördlicher Verwahrung.

INAUGURAL-DISSERTATION
der juristischen Fakultät
der Friedrich Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

HELMUT JACOB
Referendar aus Düsseldorf.

Approbiert am 7. Juni 1935.

1937 NOLTE

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

1937/43

Referent: Professor Dr. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN
IN DANKBARKEIT GEWIDMET.

GLIEDERUNG

A. Die Entstehungsgeschichte der §§ 122a, 122b und 347 Abs. 3 StrGB. als Bestandteil des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 995) 1

B. I. Die Befreiung eines in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten 7

1. Der Begriff des Gefangenen unter Berücksichtigung der durch das Gesetz vom 24. 11. 1933 eingeführten neuen Bestimmungen 7

2. Die Befreiung aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus 13

3. Die Anwendung der von der Rechtsprechung bisher entwickelten Grundsätze über Gefangenenbefreiung auf § 122 a StrGB.: 15

a) Bei der Handlung des § 120 StrGB. 17

b) bei der Befreiung durch Beauftragte und Hafthalter, § 121 StrGB. 18

c) bei der Meuterei des § 122 StrGB. 20

4. Das Entweichenlassen der in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Befindlichen durch Beamte nach § 347 Abs. 3 StrGB. 23

B. II. Die auf behördliche Anordnung in einer Anstalt Untergebrachten 26

1. Die behördliche Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt 26

2. Vorsätzliches Befreien aus der Verwahrung oder vorsätzliches Erleichtern des Entweichens 28

3. § 122 b StrGB. als Antragsdelikt 29

4. Das Fehlen einer dem § 122 StrGB. entsprechenden Vorschrift für die in einer Anstalt Verwahrten 29

B. III. Die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshaus oder einer Anstalt 30

B. IV. Teilnahme des in Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshaus oder einer Anstalt Untergebrachten an seiner eigenen von einem Dritten bewirkten Befreiung 34

C. Schluß: Resultate bezw. Vorschläge 35

LITERATUR-VERZEICHNIS.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1. und 2. Teil, Berlin 1925.

Begründung zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 995) und Begründung für das Ausführungsgesetz zu diesem Gesetz vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 1000), veröffentlicht vom Reichsjustizministerium im Deutschen Reichs- und Preußischen Staatsanzeiger Nr. 277 vom 27. 11. 1933.

Binding: Handbuch des Strafrechts, 1885.

Coenders: Zum neuen Strafgesetz in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 5. Bd. 1929.

Dalcke: Strafrecht und Strafprozeß, Berlin 1934.

Dietz: Handbuch des Militärrechts, Rastatt 1912.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1929.

— Reichsstrafgesetzbuch nach seinen Abänderungen durch die neueste Gesetzgebung, Bd. 1, Allgem. Teil, Berlin und Leipzig 1933.

— Nachtrag zu Bd. 1, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933, sowie Ausführungsgesetz hierzu vom gleichen Tage, Berlin und Leipzig 1934.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Reichstagsvorlage vom 14. 5. 1927, Drucksache Nr. 3390, Reichstag III. Wahlperiode 1924/27.

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Teil 1—3.

Exner: Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz vom 24. 11. 1933 in Zeitschr. f. ges. StrW. Bd. 53 S. 629.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1931.

Freisler-Luetgebrune: Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht, Heft 1.

Freudenthal: Die notwendige Teilnahme, 1901.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1932.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Berlin 1934.

— Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Berlin 1935.

Heß: Beiträge zur Lehre von der Gefangenenbefreiung, Gießen 1904.

Hofmann: Die Gefangenenbefreiung in ihren historischen Grundlagen sowie in rechtsvergleichender und dogmatischer Darstellung, Darmstadt 1903.

Klein: Die Vorschriften über Verwaltung und Vollzug in den Gefangenenanstalten, 4. Aufl., Berlin 1924.

Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 31. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.

Lambach: Die Gefangenenbefreiung, 1917.

Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932.

Mayer: Die Befreiung von Gefangenen, Tübingen 1906.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1934.

Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., München und Leipzig 1933. — Täterschaft in Dt. Strafrecht 1934, S. 125 und 145.
Militärstrafgesetzbuch vom 20. 6. 1874 in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. 6. 1926 (RGBl. I S. 275).
Militärstrafgerichtordnung vom 4. 11. 1933 (RGBl. I S. 924).
Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justizministers, Berlin.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1927.
Oppenhof-Delius: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 14. Aufl., 1901.
Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht, Berlin.
Romen-Rissom: Militärstrafgesetzbuch, Berlin 1918.
Schaffstein: Politische Strafrechtswissenschaft, Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 4, 1934.
Schäfer-Wagner-Schafheutle: Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, Berlin 1934.
Schmidt: Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1931.
Schwarz: Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1934.
Staudinger-Schmitt: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 19. Aufl., München und Berlin 1934.
Stolzenburg: Vollzug von Maßregeln der Sicherung und Besserung in Preußen in Dt. Justiz Nr. 44, 1934, S. 1379.
Strafgesetzbuch, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz nebst einigen ergänzenden Vorschriften in ihrer vom 1. 1. 1934 ab geltenden Fassung, für den Dienstgebrauch zusammengestellt im Preußischen Justizministerium.
Zeller: Gedanken zum Strafrecht in Jugend und Recht, Jahrgang 8, Nr. 10, S. 190.

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Sammlung von Entscheidungen in Strafsachen.
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.)
Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege. (Dt. Justiz)
Deutsche Justiz, Monatsbeilage Das Recht, Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung. (Dt. Justiz, Monats-Beil.)
Deutsches Recht, Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, Verkündungsblatt des Reichsrechtsamtes der NSDAP. (Dt. Recht.)
Deutsches Strafrecht, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, (früher Goltdammers Archiv für Strafrecht), herausgegeben von Freisler, Neue Folge, 2. Bd., Heft 1—2, 1935. (Dt. Strafrecht)
Goltdammer Archiv für Strafrecht. (Goltd. Arch. f. Strafr.)
Juristische Wochenschrift (JW.)
Monatsblätter für Gerichtshilfe, Gefangene und Entlassenenfürsorge.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. (RG.)
Rundbrief des deutschen Jugendarchivs.
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht. (Zeitschr. d. Akad. f. Dt. Recht.)
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. (Zeitschr. f. d. ges. Str.Wissensch.).

A. Die Entstehungsgeschichte der §§ 122a, 122b und 347 Abs. 3 StGB. als Bestandteil des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933. (RGBl. I S. 995)

Schon bald nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 zeigte sich ein Mangel an wirksamen gesetzlichen Kampfmitteln gegen das dispositionelle Verbrechertum[1]). Darüber hinaus fehlte es an geeigneten Maßnahmen für die Fälle, wo der Täter in seinem eigenen Interesse und mit Rücksicht auf die Allgemeinheit sich nicht selbst überlassen bleiben konnte. Die Erkenntnis dieser Schwächen des Strafgesetzbuchs zeigte von selbst den Weg auf, der beschritten werden mußte, um diese Mängel abzustellen. Es kam darauf an, den Kreis der Maßnahmen, die das Gericht im Strafverfahren anordnen kann, über das Gebiet der Strafe hinaus durch Einführung zweckmäßiger Maßregeln der Sicherung und Besserung zu erweitern. Allerdings hatte auch bereits das geltende Recht, jedoch nur in geringem Umfange, diesen Gedanken durch die Möglichkeit der Überweisung eines jugendlichen Täters an seine Familie und seine Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt (§ 56 Abs. 2 StGB.), sowie die Unterbringung einer Dirne im Asyl (§ 362 Abs. 3 StGB.) verwirklicht. Daneben lassen sich das Arbeitshaus (§ 362 Abs. 2, 3 StGB.), die Polizeiaufsicht (§§ 38, 39 StGB.) und die Ausweisung von Ausländern aus dem Reichsgebiet (§ 362 Abs. 4 StGB.) anführen,wenn auch bei diesen Maßnahmen im geltenden Recht der Strafcharakter überwiegt. Allein die hier aufgezählten Bestimmungen reichten zur wirksamen Verbrechensbekämpfung nicht aus.

Als erster forderte Franz v. Liszt im Jahre 1883 wirksame Bestimmungen zur Unschädlichmachung des Verbrechertums. Seine Bemühungen waren jedoch zunächst vergebens. Erst nachdem bereits im Jahre 1894 der erste schweizerische Entwurf den Weg gezeigt hatte, auf dem diese Forderung zu erfüllen wäre, entschloß sich das alte deutsche Reich Ziel und Weg auch für Deutschland im Vorentwurf von 1919[2]) anzuerkennen.

---

1) vgl. Denkschrift des Preußischen Justizministers, S. 1 ff.

2) Eine Darstellung der einzelnen Entwürfe befindet sich u. a. in Zeitschrift f. ges. Str.Wissensch. Bd. 53 S. 629 und in den Kommentaren.

Das erfolgte in der Weise, daß man in den Vorentwurf einen Abschnitt mit der Überschrift „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ [3]) aufnahm, der Bestimmungen über Sicherungsverwahrung (§ 89 VE.), Arbeitshaus (§ 42 Abs. 1 VE.), Trinkerheilanstalt (§ 43 Abs. 1 S. 2 VE.), Wirtshausverbot usw. enthielt. Diese Maßregeln des Vorentwurfs hätten zur erfolgreichen Durchführung sowohl eine Ergänzung bestehender als auch die Schaffung gänzlich neuer Vorschriften nach sich ziehen müssen. Derartige Bestimmungen, z. B. solche über Befreiung von Personen, die in Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshaus oder einer Trinkerheilanstalt untergebracht waren, enthielt der Vorentwurf nicht.

Erst der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 [4]), der im übrigen außer der Schutzaufsicht über Jugendliche (§ 96 KE. v. 1913) dieselben Maßregeln wie der Vorentwurf einführen wollte, bestimmte in § 201 folgendes:

> „Wer außer den Fällen des § 199 (Gefangenenbefreiung) eine auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrte Person befreit oder ihr Entweichen befördert, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> Der Versuch ist strafbar.“

Aus diesen Anfängen heraus haben sich nach einem langwierigen Prozeß die Vorschriften der §§ 122a und b, 347 Abs. 3 StGB. entwickelt. Allerdings mußten, obwohl durch den Kommissionsentwurf von 1913 die Vorarbeiten für die Einführung von Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen mit den entsprechenden weiteren Bestimmungen bereits stark gefördert waren, nach dem Krieg noch mehr als 14 Jahre bis zur Verkündung des Gesetzes vom 24. 11. 1933 vergehen. Als Ursache hierfür kommen zwei Momente in Betracht. Einmal wirkten sich in der Strafrechtswissenschaft bis weit in die Nachkriegszeit hinein der normative Positivismus der „Klassiker“ und der naturalistische Positivismus der sogenannten „Modernen“, aus dessen gegensätzlicher Einstellung sich der Schulenstreit [5]) ergab, sehr ungünstig auf die Reformbestrebungen aus. Zum anderen war der Weimarer Staat viel zu schwach, die vorliegenden Entwürfe tatkräftig zu fördern. Er verzettelte sich vielmehr in endlosen Beratungen und Beschlüssen. Diese Hilflosigkeit zeigte besonders schlimme Folgen, weil in der Nachkriegszeit, als die Welle der Hochkriminalität über unser Volk ging, der Strafrechtspflege die Waffen fehlten, deren sie gerade in dieser Zeit dringendst bedurft hätte. Zwar hatte der Staat durch die Einführung des Jugendgerichtsgesetzes, der bedingten Strafaussetzung und des Stufenvollzuges jene

---

3) Das Gesetz v. 24. 11. 33 hat den Abschnitt überschrieben: Maßregeln der Sicherung und Besserung.

4) abgedruckt in Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1. Teil.

5) Der Kampf drehte sich im Wesentlichen um das Strafensystem und die Frage der Bindung des Richters durch das Gesetz. Vgl. Diener in Dt. Recht 1934 S. 307.

Maßnahmen verwirklicht, die man gegenüber dem noch hoffnungsvollen Verbrecher zu ergreifen vorgeschlagen hatte, man übersah dabei aber völlig, daß sie ein unteilbares Ganzes hätten bilden sollen mit jenen anderen Maßnahmen, die für die schwierigen und hoffnungslosen Fälle gedacht waren.

So folgte nach dem Kriege auf den Kommissionsentwurf von 1913 zunächst der Entwurf von 1919 [6]). In ihm war die Bestimmung des Entwurfs von 1913 (§ 201) über die Befreiung von behördlich Verwahrten als § 193 mit demselben Wortlaut enthalten. Es fehlten aber noch wie in den bisherigen Entwürfen diejenigen Vorschriften, die die Befreiung der im Arbeitshaus oder in Sicherungsverwahrung befindlichen Personen unter Strafe stellten. Diese Lücke auszufüllen bemühte sich allerdings schon die Denkschrift zu dem Entwurf von 1919 [7]). Nach ihr galten als Gefangene auch die Personen, die als gefährliche Gewohnheitsverbrecher in Sicherungsverwahrung genommen sind. Die Denkschrift betonte weiter, daß ebenfalls der in einem Arbeitshaus Untergebrachte als Gefangener zu gelten habe.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung brachte unter Verwertung dieses Hinweises in der Denkschrift der amtliche Entwurf von 1925, nachdem vorher noch eine Ergänzung der hier in Frage stehenden Vorschriften im Zusammenwirken der deutschen und österreichischen Justizverwaltung im Herbst 1922 der Reichsregierung wieder ein neuer Entwurf zur Beschlußfassung vorgelegt worden war. Der amtliche Entwurf von 1925 stellte zunächst einmal systematisch in § 42 die Maßregeln der Besserung und Sicherung in einer einleitenden Vorschrift zusammen, indem er nacheinander die Sicherungsverwahrung, das Arbeitshaus, die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt und einer Trinkerheilanstalt neben weiteren Maßnahmen aufzählte. Dann fügte er entsprechend dem heutigen § 122a StGB. im Anschluß an die Bestimmungen über Gefangenenbefreiung weiter § 150 mit folgendem Wortlaut ein:

> „In den Fällen der §§ 146—149 (Gefangenenbefreiung und Meuterei) steht einem Gefangenen gleich, wer in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus untergebracht ist."

Hierdurch stellte man, da bis zur Einführung des Gesetzes vom 24. 11. 1933 streitig war, wer als Gefangener zu gelten hatte [8]), für die neu geschaffenen Fälle zwangsweiser Festhaltung von nun an in den Entwürfen einem Gefangenen die in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten ausdrücklich gleich. Eine Erweiterung des § 347 StGB. auf die Fälle der Sicherungsverwahrung und des Arbeitshauses erübrigte sich, weil der Entwurf von 1925 den § 347 StGB. in die Bestimmung über Gefangenenbefreiung als Abs. 3 des § 148 aufgenommen hatte und diejenigen,

---

6) abgedruckt in Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 2. Teil.
7) abgedruckt in Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 3. Teil.
8) s. Pfundtner-Neubert zu § 122a und die übrigen Kommentare zu § 120 StGB.

die in oder bei Ausübung eines Amtes handelten, im Gegensatz zu der einfachen Gefangenenbefreiung des Abs. 1, strenger bedrohte. Die anderen Fälle der Besserung und Sicherung, bei denen eine Gefangenenhaltung nicht vorliegt, wurden durch § 151 des Entwurfes von 1925 erfaßt, der dem oben wiedegegebenen § 201 des Entwurfes von 1913 fast wörtlich nachgebildet ist.

Ohne Abänderung wurden die den §§ 122a, 122b, 347 Abs. 3 StGB. entsprechenden Vorschriften des Entwurfs von 1925 als §§ 158, 159 in den Entwurf von 1927 und den Antrag Kahl vom 6. 12. 1930 aufgenommen.

Nach der Revolution vom 30. 1. 1933 nahm sich der durch die nationale Bewegung zum Siege geführte Staat bei der Neugestaltung des deutschen Rechts der Reform des Strafrechts als einer der wichtigsten Aufgaben an. Zwar war durch die Entwürfe bereits wertvolle Vorarbeit geleistet; um aber ein Strafrecht von Dauer zu schaffen, das voll und ganz den Forderungen des nationalsozialistischen Staates entspricht, durfte nichts überstürzt werden und es mußte den mit der Neuschaffung befaßten Kommissionen hinreichend Zeit gegeben werden, das vorliegende Material zu sichten und mit den Grundsätzen des Nationalsozialismus in Einklang zu bringen. Die endgültige Aufstellung der nationalsozialistischen Thesen für ein deutsches Strafrecht bleibt dem vom Reichsminister Dr. Frank einberufenen Strafrechtsausschuß [9]) vorbehalten, der abschließend das gesamte vorliegende Material [10]) zur Strafrechtserneuerung einer eingehenden Durcharbeitung zu unterziehen hat.

Nur den besonders dringlichen Reformwünschen [11]) kam die Reichsregierung durch den Erlaß einzelner strafrechtlicher Gesetze, deren sofortige Einführung sich als besonders notwendig erwiesen hatte, alsbald nach. Einige wichtige Vorschriften wurden bereits durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. 5. 1933 (RGBl. I S. 295) in das geltende Recht aufgenommen. Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 995), im folgenden kurz Gewohnheitsverbrecher Gesetz genannt, ist gleichfalls dazu bestimmt, fühlbare Lücken des bisherigen Rechts zu schließen und dringlichen Forderungen auf Schaffung gesetzlicher Grundlagen für eine wirksame Verbrechensbekämpfung nachzu-

---

9) vgl. JW. 1935 S. 495.

10) Es liegen bereits außer der Denkschrift vor: der Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission, der Entwurf des BNSDJ. und der Vorschlag der Akademie f. dt. Recht. (JW. 35, S. 495). Eine Stellungnahme hierzu ist im Augenblick unmöglich, da sämtliches Material noch vertraulich behandelt wird.

11) Die Strafrechtsreform in Frankreich sieht im Entwurf eines französischen Strafgesetzbuchs von 1934 in den Art. 68—100 ein System von Sicherungsmaßregeln neben der Strafe vor. (Dt. Justiz 35, S. 141). Auch andere Staaten wie Belgien usw. sind im Begriff ihr Strafrecht in diesem Sinne zu reformieren.

kommen, deren Erfüllung bis zum Inkrafttreten des neuen deutschen Strafgesetzbuchs nicht mehr hinausgeschoben werden konnte [12]).

Da man bereits erkannt hatte, daß mit den in den Entwürfen niedergelegten Maßregeln nicht auszukommen war und früher schon Mezger u. a. neue Maßregeln gegen den Gewohnheitsverbrecher gefordert hatten, führte man durch das Gesetz vom 24. 11. 1933 im Rahmen allgemeiner Sicherungsmaßnahmen gegen das gemeingefährliche Verbrechertum auch die zwangsweise Entmannung gemeingefährlicher Sittlichkeitsverbrecher ein.

Die Einführung des neuen Gewohnh.Verbr.Gesetzes vor der allgemeinen Strafrechtsreform geht zurück auf einen bei der Verabschiedung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. 7. 1933 (RGBl. I S. 529) gefaßten Beschluß des Reichskabinetts, nach dem das Sondergesetz zur Bekämpfung des gemeingefährlichen Verbrechertums zusammen mit dem Sterilisationsgesetz am 1. 1. 1934 in Kraft treten sollte.

Die Strafgesetze des neuen Reiches, soweit sie neben den hier aufgeführten bisher erlassen wurden [13]), zerfallen in zwei Gruppen. Die eine dient ausschließlich dem Schutz der Staatsgewalt, bekämpft hochverräterische Umtriebe, verschärft die Strafdrohungen gegen den Landesverrat und sucht heimtückische Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung abzuwenden. Demgegenüber steht die zweite Gruppe mehr im Zeichen der allgemeinen Neuordnung des Strafrechts. Zu dieser Gruppe gehört neben dem Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften insbesondere das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung zum wirksamen Schutz der Volksgemeinschaft gegen verbrecherische Schädlinge.

Die Belange der Allgemeinheit sind durch folgende Maßregeln der Sicherung und Besserung in § 42 a StGB.[14]) gewahrt:

1. Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt,
2. Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt,
3. Unterbringung in einem Arbeitshaus,
4. die Sicherungsverwahrung,

---

12) Die VO. zur Überleitung der Strafrechtspflege v. 21. 2. 35 (RGBl. I S. 248) bestimmt in Art. 1 § 1, daß das Reichsstrafgesetzbuch ab 1. März 1935 im Saarland gilt, damit also auch das Gesetz v. 24. 11. 33.

13) Es sind hier zu nennen: Vdg. des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat v. 28. 2. 33 (RGBl. I S. 83), die Vdg. gegen Verrat am deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe v. 28. 2. 33 (RGBl. I S. 85), die Vdg. des R. Präs. zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung vom 21. 3. 1933 (RGBl. I S. 135) und das Gesetz zur Abwehr politischer Gewalttaten vom 4. 4. 1933 (RGBl. I S. 162).

14) Die Maßregeln sind nicht ergänzend aufgezählt. Es gehört hierher noch: Einziehung, Polizeiaufsicht, Unfähigkeitserklärung zur Eidesleistung usw. Vgl. Ebermayer S. 8 zu § 42a StGB. (Nachtrag).

5. die Entmannung,
6. die Untersagung der Berufsausübung,
7. die Reichsverweisung.

Ein Vergleich mit dem Entwurf von 1925 zeigt, welche Bedeutung der geleisteten Vorarbeit zukommt, denn im wesentlichen sind die Bestimmungen des Entwurfs übernommen, wenn auch die eine oder andere Maßregel weggelassen oder ergänzt wurde. Ganz neu eingeführt ist nur die Entmannung. Somit hat das neue Gesetz bewiesen, daß man die wertvollen Gedanken und Vorschläge der Nachkriegszeit auswertet und nicht nur deswegen außer Betracht läßt, weil sie einer überwundenen individualistischen Ideenwelt angehören [15]). Ganz besonders zeigen das weiter die §§ 122 a, 122 b [16]) und 347 Abs. 3 [17]) StGB., von denen § 122 a wörtlich mit der entsprechenden Bestimmung der Entwürfe von 1925 und 1927 übereinstimmt und § 122 b Abs. 1 u. 2, der ebenfalls fast wörtlich den entsprechenden Paragraphen der Entwürfe nachgebildet ist. Völlig neu ist nur Abs. 3 von § 122 b StGB., § 347 StGB., dem als Beamtendelikt nur straferhöhende Bedeutung zukommt, mußte schließlich mit den neuen Bestimmungen in Einklang gebracht werden [18]).

Das Gewohnh.Verbr.Gesetz hatte zur Folge, daß ihm eine Reihe weiterer Gesetze angepaßt werden mußten. Auch hier sind die Vorarbeiten für die Strafrechtsreform weitgehend verwertet worden. Nur da, wo in den Entwürfen und vor allem bei den Beratungen in den Ausschüssen diejenigen Bestimmungen besondere Betonung gefunden hatten, die sich zu Gunsten des einzelnen Rechtsbrechers auswirkten, sind die neuen Gesetze eigene Wege gegangen und haben den wirksamen Schutz der Volksgemeinschaft in den Vordergrund gestellt. Im Ausführungsgesetz vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 1000) sind im einzelnen die Abänderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der StPO., des JGG. des JWG., der beiden Entschädigungsgesetze, des Straftilgungsgesetzes, des Gerichtskostengeetzes, der Sozialversicherungsgesetze, des Reichsversorgungsgesetzes und des Gesetzes über die Unfallfürsorge für Gefangene zusammengestellt.

Die amtliche Begründung [19]) zu den beiden Gesetzen vom 24. 11. 1933 gibt ihre Anlehnung an die früheren Entwürfe wie folgt zu erkennen:

---

15) anders Denkschrift S. 4, die die Entwürfe als Grundlage für die Neugestaltung des Strafrechts nicht zulassen will.

16) eingeführt durch Art. 3 Ziff. 12 des Gesetzes vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 995).

17) eingeführt durch Art. 3 Ziff. 20 des Gesetzes vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 995).

18) Zu den bisher gemachten Ausführungen vgl. die amtliche Begründung zu dem Gesetz v. 24. 11. 33, Pfundtner-Neubert, Kommentar von Schäfer-Schafheutle, Schaffstein S. 7 ff. und Exner in Zeitschr. f. ges. Str.-Wissensch. Bd. 53 S. 629 ff.

19) veröffentlicht im Reichsanzeiger vom 27. 11. 1933.

„Die folgende Begründung behandelt diejenigen Vorschriften, die in den früheren Entwürfen eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs noch nicht enthalten sind, ausführlicher als die anderen. Soweit Bestimmungen aus früheren Entwürfen ganz oder teilweise übernommen worden sind, findet sie ihre Ergänzung in der Begründung zu den amtlichen Entwürfen eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs vom Jahre 1925 und 1927."

B. I. Die Befreiung eines in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten.

1. Der Begriff des Gefangenen unter Berücksichtigung der durch das Gesetz vom 24. 11. 1933 eingeführten neuen Bestimmungen.

Die Betrachtung der §§ 122 a, 122 b, 347 Abs. 3 StGB., die durch ihre Stellung im Gesetz und ihren Wortlaut eng mit den Vorschriften der §§ 120—122 StGB., § 347 StGB. über Gefangenenbefreiung und Meuterei verknüpft sind, wird häufig ein Zurückgreifen auf die letzteren Bestimmungen erforderlich machen. Auf Grund des § 122 a StGB. steht in den Fällen der §§ 120—122 StGB. einem Gefangenen gleich, wer in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus untergebracht ist. Schon diese Aufzählung neuer Fälle der Gefangenschaft macht zur klaren Abgrenzung der durch die neuen Vorschriften geschaffenen Sachlage eine Gegenüberstellung mit den Personengruppen erforderlich, die bisher zu den Gefangenen i. S. der §§ 120—122, 347 StGB. gezählt wurden.

Hierfür ist von der Feststellung auszugehen, daß der Gesetzgeber für den Begriff des Gefangenen keine Definition gegeben hat, vielmehr diesen Begriff als bekannt voraussetzt. Allerdings liegt mit Rücksicht auf die Schwierigkeit einer klaren Formulierung ebenso die Vermutung nahe, daß es der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben sollte, den Gefangenenbegriff den Bedürfnissen anzupassen. Deshalb ist es wohl auch unterblieben, die Definition des Gefangenen durch positive Bestimmungen über den Zweck der Freiheitsentziehung, etwa mit dem Zusatz „zur Strafe" oder „zur Sicherung oder Besserung" einzuschränken, denn dann würde für den konkreten Fall unter Umständen eine unbeabsichtigte und unerwünschte Beschränkung vorliegen. Im übrigen ergibt der Wortsinn, daß Gefangener jeder ist, der seiner persönlichen Freiheit völlig beraubt oder in seiner Bewegungsfreiheit beschränkt ist. Jedoch sind i. S. der §§ 120 ff. StGB. nur diejenigen Personen als Gefangene anzusehen, deren Befreiung eine Mißachtung der Staatsgewalt darstellt. Das ergibt sich aus der Stellung der Strafbestimmungen im Gesetz unter den gegen die Staatsgewalt gerichteten Delik-

ten. Die Entziehung oder Beschränkung der Freiheit muß demzufolge von einem staatlichen Organ im öffentlichen Interesse und in gesetzlich gebilligter Weise erfolgt sein. Der Wortlaut der §§ 120 ff. StGB. ergibt dann weiter, daß nicht nur der Gefangener ist, der in einer Gefangenenanstalt verwahrt wird, sondern auch derjenige, der sich in der Gewalt der bewaffneten Macht, eines Beamten oder solch einer Person befindet, die mit seiner Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung amtlich beauftragt bezw. betraut worden ist. Er bleibt aber nur solange Gefangener, als er sich noch mittelbar oder unmittelbar in der Gewalt eines dieser Organe befindet, von dem die Freiheitsbeschränkung ausging. Hört die Freiheitsbeschränkung für kurze Zeit auf, dann liegt keine Gefangenschaft mehr vor. Dabei spielt es keine Rolle, ob dem Gefangenen dies zum Bewußtsein gekommen ist, denn nur der faktische Zustand ist maßgebend. Demgegenüber hat das Reichsgericht angenommen, daß durch eine unterlassene Bewachung eine Befreiung noch nicht bewirkt sei, solange der Gefangene die Möglichkeit der Befreiung noch nicht ausgenutzt habe, da alsdann in dem Zustand der Gefangenschaft eine Änderung noch nicht eingetreten sei. Dem hat Heß S. 51 bereits mit Recht entgegengehalten, daß eine Änderung in Wirklichkeit doch eingetreten ist, weil die Möglichkeit einer jederzeitigen Einwrkung auf den Gefangenen ausgeschlossen ist.

Nach der Definition des Reichsgerichts[20]) gelten als Gefangene alle diejenigen Personen, denen in gesetzlich gebilligter Form aus Gründen des öffentlichen Interesses die persönliche Freiheit entzogen ist und die sich infolge dieser Freiheitsentziehung in der Gewalt der zuständigen Behörde befinden. Die Freiheitsentziehung darf also nur von dem örtlich und sachlich zuständigen Beamten ausgehen oder aber der andere, in dessen Gewalt sich der Gefangene befindet, muß in gehöriger Form von der zuständigen Behörde zu seiner Handlungsweise ermächtigt sein.

Vor dem Inkrafttreten des Gewohnh.Verbr.Gesetzes zählte man zu den Gefangenen i. S. der §§ 120 ff. StGB.:

a) Strafgefangene, ohne Unterschied, ob sie im Gefängnis interniert oder im Freien bei Außenarbeit beschäftigt sind. Ferner die auf Grund eines Haftbefehls oder Steckbriefs (§ 457 StPO.) Festgenommenen[21]).

b) Untersuchungsgefangene (§§ 112 ff. StPO.).

c) Personen, die auf Grund des § 127 StPO. durch die Polizei vorläufig festgenommen sind. Erfolgt die Festnahme durch eine Privatperson, dann wird die Gefangenschaft des vorläufig Festgenommenen erst dann begründet, wenn der Festgenommene einem Beamten abgeliefert und von diesem übernommen ist[22]). Es spielt keine

20) RG. Bd. 12, 162; 37, 368; 39, 7 und 191; 48, 227.
21) RG. in Goltd. Arch. 37 S. 433.
22) RG. Bd. 13, 254; 67, 299; Frank S. 234; Hofmann S. 29; Mayer S. 5; Lambach S. 9; Heß S. 53.

Rolle, aus welchem Grunde die Festnahme erfolgt. Es genügt, wenn die Festnahme zur Feststellung der Personalien geschieht [23]).

d) Personen, gegen die ein Vorführungsbefehl erlassen ist, (§§ 133, 134, 215, 229, 235, 255, 370, 427, 489 StPO.) und die daraufhin festgenommen sind [24]). Die persönliche Freiheitsbeschränkung erblickt das Reichsgericht in der Ermächtigung des Vorführenden auf Grund des Vorführungsbefehls eventuell Zwangsmittel anzuwenden. Die gegenteilige Meinung verlangt, daß der Vorführungsbefehl auch tatsächlich zur Vollziehung gekommen sein muß.

e) Personen, die eine gerichtliche Ordnungsstrafe verbüßen (§§ 50 StPO., 380 ZPO., 178, 179 GVG.).

f) Personen, an denen Zivilhaft vollstreckt wird (§§ 390, 888, 890, 901, 918 ZPO.).

g) Personen, die zu ihrer eigenen Sicherheit in polizeiliche Verwahrung genommen sind [25]).

h) Kriegsgefangene [26]).
Allerdings ist hier bestritten, ob auch der durch Ehrenwort Gebundene als Gefangener anzusehen ist. Der von Mayer S. 5 vertretenen Auffassung, nach der physische und moralische Mittel hinsichtlich der von der Staatsgewalt vollzogenen Freiheitsentziehung gleichzusetzen sind, ist der Vorzug zu geben. Nach Lambach S. 9 kommen allein die Kriegsgefangenen in Frage, die nicht durch Ehrenwort gebunden sind.

i) Personen in einem Konzentrationslager [27]).

Es folgt nunmehr eine Zusammenstellung der Fälle, die für die vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung sind, weil sich aus ihnen die veränderte Sachlage durch die Einführung der §§ 122 a, 122 b, 347 Abs. 3 StGB. erkennen läßt. Als Gefangene i. S. der §§ 120 ff. StGB. wurden weiter angesehen:

k) Arbeitshausgefangene [28]), die auf Grund des § 366 Ziff. 3—8 StGB. nach verbüßter Haftstrafe der Landespolizei zur Unterbringung in einem Arbeitshaus überwiesen wurden [29]).

l) Die einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt überwiesenen Personen, wenn die Freiheitsbeschränkung über das gewöhnliche Maß der Schulzucht hinausgeht. So das Reichsgericht und die herr-

---

23) RG. Bd. 12, 426.
24) RG. Bd. 12, 162; JW. 85, 291; vgl. auch Frank S. 234.
25) Hofmann S. 29; Lambach S. 9 ff.; Heß S. 54.
26) Kriegsgefangene sind Gefangene i. S. der §§ 120 ff. bis zur Übergabe an den Heimatstaat. (RG. Bd. 37, 366; 55, 228.)
27) Gerland S. 342 zu § 122 StGB.
28) RG. Bd. 15, 217; Olshausen Note 2c zu § 120 StGB.
29) An die Stelle der im bisherigen Recht vorgesehenen Überweisung an die Landespolizeibehörde tritt mit Wirkung vom 1. 1. 1934 die Unterbringung im Arbeitshaus auf Grund des § 42 d StGB. In § 362 StGB. werden die Abs. 2—4 gestrichen. (s. Art. 5, Ziff. 4 der Übergangsbestimmungen zu dem Gesetz v. 24. 11. 33. So schon Denkschrift S. 141.)

schende Lehre [30]). Nach v. Liszt S. 562; Binding S. 585; Mayer S. 6 sind diese Personen nie Gefangene, da die Unterbringung nur der Erziehung dienen soll. Mayer a.a.O. gibt zu, daß der Jugendliche dann Gefangener ist, wenn er nach seiner Entweichung aus der Erziehungs- oder Besserungsanstalt der Anstalt von der Polizei zwangsweise wieder zugeführt wird [31]). Der herrschenden Lehre steht die von Heß S. 54 vertretene Ansicht nicht entgegen, daß der in der Familie untergebrachte Zwangszögling kaum jemals Gefangener wird, da es an der tatsächlichen Beschränkung des Zöglings in der Familie fehlt [32]).

m) Personen, die eine unter staatlicher Autorität verhängte Disziplinarstrafe verbüßen.

Studenten im Karzer gelten nur dann als Gefangene, wenn sie eine unter staatlicher Autorität verhängte Disziplinarstrafe verbüßen [33]). Demgegenüber sieht Heß S. 52 hierin eine unzulässige Ausdehnung des Gefangenenbegriffs.

Schüler [34]) im Schularrest gehören nicht hierher, da die Schuldisziplin mit der Hausdisziplin auf eine Stufe zu stellen ist [35]) und ihr jegliche direkte Bedeutung für die Öffentlichkeit fehlt [36]). Sie sind nach Hofmann S. 32 und Frank S. 235 dann Gefangene, wenn der Arrest unter staatlicher Autorität verhängt wird.

n) Gemeingefährliche Geisteskranke, die von der Polizei in einer Irrenanstalt untergebracht worden sind [37]). Mayer S. 7 hält demgegenüber die auf Anordnung einer Behörde in einer Irrenanstalt Verwahrten ebensowenig für Gefangene wie Kranke, die auf behördliche Anordnung in Anstalten — etwa Isolierspitälern — untergebracht sind [38]).

o) Ob derjenige Inhaftierte, der nach seiner Verhaftung wegen Krankheit im Krankenhaus oder zur Beobachtung seines Geisteszustandes in einer Irrenanstalt untergebracht wird, als Gefangener i. S. des Gesetzes anzusehen ist, ist bestritten. Wird ein kranker Gefangener dem Krankenhaus einer Gefangenenanstalt zur Untersuchung überwiesen, so bleibt er zweifellos Gefangener. Seine Gefangeneneigenschaft wird aber selbst dann nicht aufgehoben, wenn er in ein außerhalb der Strafanstalt befindliches Krankenhaus oder eine Irrenanstalt verbracht wird, da die verhaftende Behörde durch Vermitt-

---

30) Olshausen S. 497; Frank II, 1 zu § 120 StGB.; Lambach S. 9 ff.; RG. Bd. 15, 39; 37, 366; 48, 227.

31) vgl. hierzu RG. Bd. 37 S. 366.

32) vgl. hierzu Loening, Die Zwangserziehung Minderjähriger nach den deutschen Reichs- und Landesgesetzen 1901, S. 82 ff.

33) Frank S. 235; Hofmann S. 30.

34) Kinder im Schularrest sind weder Gefangene noch auf behördliche Anordnung in einer Anstalt untergebracht. So Schäfer-Schafheutle S. 200. (Vgl. hierzu auch RG. Bd. 39, 7.)

35) Olshausen § 120, 2a StGB.

36) Mayer S. 5; Heß S. 52; Binding S. 585.

37) RG. Bd. 44, 171; Olshausen 2 zu § 120; Frank II, 2; Hofmann S. 32.

38) Derselben Ansicht Liszt S. 562; Binding S. 584 und Gerland S. 342.

lung der Krankenhausverwaltung den Überführten in ihrer Gewalt behält. Dasselbe gilt für Untersuchungsgefangene, wenn sie dem Krankenhaus als solche eingeliefert wurden[39]). Aber auch Lambach a.a.O. bezeichnet den außerhalb der Strafanstalt im Krankenhaus oder der Irrenanstalt Untergebrachten als Gefangenen, sofern ihm durch ein Organ der Staatsgewalt in formell gesetzlicher Weise auch während dieser Zeit die Freiheit entzogen war und er sich infolgedessen in der Gewalt der zuständigen Behörde befunden hat. Lambach bekennt sich zu dieser Einschränkung, weil die Dauer des Aufenthalts in der Krankenanstalt oder der Irrenanstalt gemäß § 493 StPO. in die Strafzeit einzurechnen ist, es sei denn, daß der Verurteilte mit der Absicht, die Strafvollstreckung zu unterbrechen, die Krankheit herbeigeführt hat.

Der § 42 StGB. führt als weitere Fälle der behördlichen Verwahrung die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt und die Sicherungsverwahrung ein. Durch die neuen gesetzlichen Bestimmungen würden die Zweifel, wer als Gefangener i. S. der gesetzlichen Vorschriften zu gelten hat, vermehrt werden, wenn nicht wenigstens für die neugeschaffenen Arten behördlicher Festhaltung Klarheit über den Begriff des Gefangenen geschaffen würde. § 122 a StGB. regelt demzufolge positiv, daß der in Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus Untergebrachte den Gefangenen i. S. der §§ 120—122 StGB. gleichsteht. Damit sind durch das neue Gesetz die oben aufgezählten Fälle des Gefangenen um den in Sicherungsverwahrung Befindlichen vermehrt worden. Ausdrücklich wird nun auch durch § 122 a festgestellt, daß der im Arbeitshaus Untergebrachte Gefangener ist, obwohl diese Art der behördlich Verwahrten bereits bisher zu den Gefangenen gezählt wurde.

§ 122 a StGB. in Zusammenhang mit § 122 b StGB. bringt durch seine Fassung weiter zum Ausdruck, daß bei den anderen Arten der Unterbringung eine Gefangenenhaltung i. S. der §§ 120 ff. StGB. nicht vorliegt. Es scheiden damit als Gefangene die in einer Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt und die in einem Asyl Untergebrachten aus. Wird einer dieser behördlich Festgehaltenen aus der Verwahrung befreit oder sein Entkommen erleichtert, so ist der Sachverhalt nach der besonderen Strafvorschrift des § 122 b zu beurteilen.

Hieraus ergibt sich, daß nunmehr auch die von der Polizei in einer Irrenanstalt untergebrachten gemeingefährlichen Geisteskranken nicht mehr zu den Gefangenen gezählt werden können (s. oben Ziff. n). Ist nämlich, wie sich das aus § 122 a StGB. in Verbindung mit § 122 b StGB. ergibt, der durch gerichtliche Anordnung nach § 42 b StGB. in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebrachte Gei-

39) RG. Bd. 19, 330; Ebenso Mayer S. 22; Heß S. 55 und Olsh. § 120, 2; dagegen nur Frank § 120 III im Gegensatz zur 1. Auflage seines Kommentars, die die hier wiedergegebene Ansicht vertritt und außerdem Lambach S. 14.

steskranke kein Gefangener mehr, so muß dasselbe nunmehr auch für die von der Verwaltungsbehörde untergebrachten gemeingefährlichen Geisteskranken gelten.

Weiter rechnen die einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt überwiesenen Personen nicht mehr zu den Gefangenen, denn der Strafschutz des § 122 b StGB. ist nicht auf die in einer Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt Untergebrachten beschränkt, umfaßt vielmehr auch andere Fälle der Unterbringung in einer Anstalt, die auf behördlicher Anordnung beruht. Dies trifft für die in einer Erziehungsanstalt untergebrachten Fürsorgezöglinge zu, da sie auf behördlicher Anordnung in einer Anstalt untergebracht sind, sodaß ihre Befreiung nunmehr nach Maßgabe des § 122 b StGB. bestraft wird. Insoweit ist die oben unter l) behandelte Streitfrage als erledigt zu betrachten.

In den Fällen, in denen schon bisher durch die subsidiäre Geltung des § 76 JWG.[40]) gegenüber § 120 StGB. der Fürsorgezögling Gefangener sein konnte, ist durch die neuen Vorschriften keine Änderung herbeigeführt worden. Auch in der neuen Fassung des § 76 JWG.[41]) ist an der subsidiären Geltung dieser Vorschrift gegenüber der Bestimmung des § 120 StGB. festgehalten worden. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß Fürsorgezöglinge auch weiterhin Gefangene sein können und ihre Befreiung dann nach § 120 StGB. strafbar ist.

Abgesehen von diesen Fällen ist aber die Befreiung von Fürsorgezöglingen aus einer Fürsorgeerziehungsanstalt nunmehr nach § 122 b StGB. strafbar.

Dasselbe gilt für Beschuldigte, deren Unterbringung und Beobachtung in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt das Gericht nach § 81 StPO. angeordnet hat.

Kinder im Schularrest sind nicht auf behördliche Anordnung in einer Anstalt untgebracht. Ihre Befreiung kann kein Verstoß gegen § 122 b StGB. sein[42]).

Schließlich liegt eine behördliche Verwahrung i. S. des § 122 b StGB. vor, wenn die auf Grund des § 126 a StPO.[43]) angeordnete einstweilige Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt vollzogen wird. Die gemäß § 126 a StPO. Untergebrachten sind nur dann Gefangene, wenn sie auf Grund eines Unterbringungsbefehls in einem Gefängnis verwahrt werden.

Wie die voraufgegangene Aufzählung zeigt, ist durch die Einführung der neuen Bestimmungen der bisher zu dem Begriff des Gefangenen ergangenen Rechtsprechung zum Teil die Grundlage ent-

---

40) Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt v. 9. 7. 1922 (RGBl. I S. 633) in der Fassung der Verordnung v. 14. 2. 1924 (RGBl. I S. 110) und v. 4. 2. 1932 (RGBl. I S. 522).

41) Die neue Fassung des § 76 JWG. beruht auf Art. 4 des Ausführungsgesetzes zu dem Gesetz vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 1000—1005).

42) Ebenso Schäfer-Schafheutle S. 200; vgl. hier auch RG. Bd. 39, S. 7.

43) Schäfer-Schafheutle S. 200.

zogen. Im übrigen bleiben aber die oben aufgeführten Fälle von Gefangenschaft von den Vorschriften des Gewohnh.Verbr.Gesetzes unberührt.

B. I. 2. Die Befreiung aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus.

Unter Befreiung hat man rein begrifflich und in diesem Zusammenhang die tatsächliche Beseitigung der Möglichkeit einer obrigkeitlichen Einwirkung zu verstehen, die so in die Erscheinung treten muß, daß nicht in jedem Augenblick diese Möglichkeit wiederhergestellt werden kann. Wann die Befreiung aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus im Einzelfall vorliegt, entscheidet sich nach den konkreten Umständen.

Es soll im folgenden nun zunächst der Begriff der Sicherungsverwahrung, den wir — abgesehen von den Entwürfen — erstmalig im Gesetz vom 24. 11. 1933 vorfinden, klargestellt werden. Dies ist nicht ganz einfach, weil das Wort selbst nur erkennen läßt, daß Personen aus Gründen der Sicherheit verwahrt werden. Wo und wie dies zu geschehen hat, ist aber nicht ersichtlich. Sehr viel einfacher ist es gewesen, den Begriff der Gefangenenanstalt aus dem Begriff des Gefangenen zu entwickeln. Trotz der Gleichstellung der in Sicherungsverwahrung befindlichen Personen mit den Gefangenen der §§ 120 bis 122 StGB. kann man auch nicht ohne weiteres aus dem Begriff des Gefangenen bezw. der Gefangenenanstalt den der Sicherungsverwahrung ableiten. Der Zweck der Sicherungsverwahrung, gewisse Personen zum Schutze der Allgemeinheit von anderen Personen getrennt zu halten, stellt erst die Verbindung zu den §§ 120 ff. StGB. wieder her. Denn ebenso wie dem Gefangenen wird auch dem in Sicherungsverwahrung Befindlichen durch die Besonderheit der Aufbewahrung seine Freiheit entzogen. Somit kann es sich bei der Befreiung aus der Sicherungsverwahrung nur um eine Befreiung aus einer zur Aufnahme von in Sicherungsverwahrung befindlichen Personen geeigneten Anstalt oder einem Raum handeln, der für längere oder kürzere Zeit zur Aufnahme derartiger Personen bestimmt ist. Insbesondere gehört hierher auch die Krankenabteilung einer Anstalt, in der die Maßregel der Sicherungsverwahrung vollstreckt wird.

Demgegenüber stellt sich das Arbeitshaus als eine Einrichtung dar, deren Aufgabe es ist, die dort Untergebrachten durch regelmäßiges Arbeiten zu bessern, um sie wieder zu vollwertigen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft zu machen. Der Besserungszweck des Arbeitshauses ergibt sich aus der Stellung dieser Maßregel im Gesetz unter den die Sicherung und Besserung betreffenden Bestimmungen. Zudem ist das Arbeitshaus nicht wie die Sicherungsverwahrung ein völlig neuer Begriff, vielmehr dasselbe wie die frühere

Überweisung an die Landespolizeibehörde [44]). Die Befreiung eines im Arbeitshaus Untergebrachten kann demzufolge nur aus einem solchen Gebäude oder einer solchen Unterkunftsmöglichkeit erfolgen, die der Staat zur Vollstreckung dieser Maßregel ausersehen hat.

Um festzustellen, welche Anstalten und Gebäude für die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung und die Maßregel des Arbeitshauses in Frage kommen, ist ein Eingehen auf die entsprechenden Vollzugsvorschriften notwendig. Erst dann kann man erkennen, welche Möglichkeiten der Befreiung im einzelnen gegeben sind.

Für die Unterbringung der zu Sicherungsverwahrung oder Arbeitshaus Verurteilten mußten Vollzugsvorschriften geschaffen werden, die der Art und dem Zweck dieser Maßregeln gerecht wurden. Es kam hinzu, daß eine einheitliche Regelung für das ganze deutsche Reich notwendig war. An sich wies zwar praktisch auch schon bisher der Strafvollzug, dem diese Maßregeln anzugliedern waren, in allen deutschen Ländern ein einheitliches Gepräge auf. Immerhin hatte man diese Einheitlichkeit nur dadurch erreicht, daß alle Länder, fußend auf den Vereinbarungen der Länderregierungen von 1897 und 1923, über einheitliche Grundsätze über den Vollzug von Freiheitsstrafen ihren Landes Dienst und Vollzugsordnungen [45]) diese vereinbarten Grundsätze zugrunde gelegt hatten. Erst das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30.1.1934 und das auf ihm beruhende Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich ermöglichte eine einheitliche reichsrechtliche Grundlage. Unter Benutzung der erwähnten Grundsätze vom 7. 6. 1923 ergänzte man auf Grund der geläuterten strengeren Auffassung über das Wesen und die Ziele des Strafvollzugs die bestehenden Bestimmungen über den Strafvollzug und ergänzte sie durch Hinzufügung neuer Vollzugsvorschriften für die neu geschaffenen Maßregeln der Sicherung und Besserung des Gewohnh.Verbr.Gesetzes. Durch die Verordnung vom 14. 5. 1934 (RGBl. I S. 383) über den Vollzug von Freiheitsstrafen und von Maßregeln der Sicherung und Besserung, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, erreichte man zugleich eine mit Gesetzeskraft ausgestattete einheitliche Regelung für das deutsche Reich [46]). Die so geschaffene Verreichlichung hat aber bloß vorläufigen Charakter und bleibt nur solange in Kraft, bis das endgültige Strafvollzugsgesetz erlassen wird.

Nach der Verordnung vom 14. 5. 1934 ist die Sicherungsverwahrung in Anstalten der Justizverwaltung zu vollziehen, die ebenso wie ein Arbeitshaus einer Strafanstalt angegliedert werden können jedoch mit der Einschränkung, daß die Anstalten räumlich von-

---

44) Die Unterbringung im Arbeitshaus wegen Bettelei soll jetzt nur in schweren Fällen verhängt werden. JW. 35, 524; DRZ. 35 Nr. 108.

45) z. B. Dienst und Vollzugsordnung für die Gefangenenanstalten der Justizverwaltung in Preußen, abgedruckt in Klein, Wackermann, Wutzdorff: Preußische Gefangenenanstalten, 4. Aufl. Berlin 1924.

46) vgl. hierzu Stolzenburg in Dt. Justiz 34, 1379 und in Dt. Justiz 1935, S. 86; Schäfer in Dt. Justiz 35, 86; Haidinger in Dt. Justiz 1935 S. 222 ff.

einander zu trennen sind (I § 1 d. Verordnung). Die in Sicherungsverwahrung oder einem Arbeitshaus Untergebrachten können zu den in der Anstalt eingeführten Arbeiten, aber auch zu Arbeiten außerhalb der Anstalt herangezogen werden. (§§ 14, 20 der Verordnung).

Daraus folgt, daß nicht allein eine Befreiung aus den in der Vdg. I § 1 erwähnten Anstalten möglich und strafbar ist, vielmehr auch dann eine Befreiung aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus vorliegen kann, wenn der Untergebrachte außerhalb der Anstalt beschäftigt wird. Der in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Befindliche kann sich also entweder in der hierfür bestimmten Anstalt aufhalten oder sich sonstwie außerhalb derselben in der persönlichen Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen befinden, dem seine Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung übertragen ist. Allerdings muß sich der Untergebrachte auch tatsächlich bereits in der Gewalt eines dieser Organe befinden [47]). Die schriftliche Ankündigung, daß die Sicherungsverwahrung vollstreckt wird, würde z. B. nicht genügen. Dagegen reicht es aus, wenn sich jemand freiwillig der Macht des Beamten unterwirft [48]).

B. I. 3. Die Anwendung der von der Rechtsprechung bisher entwickelten Grundsätze über Gefangenenbefreiung auf § 122a StGB.

Die Gleichstellung der in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachten mit den Gefangenen i. S. der §§ 120—122 StGB. läßt die Frage auftauchen, ob nunmehr auch die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für diese neuen Arten der Freiheitsentziehung gelten. Diese Frage ist zu bejahen, denn der Gesetzgeber hat bedingungslos und ohne Einschränkung die Gleichstellung vorgenommen. Demzufolge müssen auch die bisherige Rechtsprechung und die von ihr entwickelten Grundsätze zu den §§ 120—122 StGB. innerhalb des § 122a StGB. Anwendung finden. Bereits oben ist erwähnt, daß die Einbeziehung der Sicherungsverwahrung und des Arbeitshauses in die Vorschriften der §§ 120—122 StGB. häufiger ein Zurückgreifen auf die Bestimmungen über Gefangenenbefreiung notwendig erscheinen läßt. Hier in diesem Punkt ist sogar die völlige Anerkennung der bisherigen Rechtsprechung für die Sicherungsverwahrung und das Arbeitshaus am Platze [49]).

Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung aus der Gleichstellung der gemäß § 122a StGB. in Sicherungsverwahrung oder dem Ar-

47) Stets genügt ordnungsmäßige Inhaftnahme ohne Rücksicht auf deren sachliche Zulässigkeit. (RG. Bd. 39, 189).

48) Sächs. Archiv 1914 S. 68.

49) Über Grundsätze der Bestrafung s. JW. 1934 S. 257.

beitshaus Befindlichen mit den Gefangenen der §§ 120 ff. StGB. dürfte zudem im kommenden Strafgesetzbuch durch eine Verschmelzung der Vorschrift des § 122 a mit den Paragraphen 120—122 StGB. noch weiter zum Ausdruck gebracht werden. Es wäre jedenfalls zu wünschen, daß im neuen Strafgesetzbuch z. B. in § 120 hinter „wer einen Gefangenen" eingefügt wird: „oder einen in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten aus der Gefangenenanstalt, dem Arbeitshaus oder aus der Gewalt usw.", um dadurch § 122 a in den Bestimmungen über Gefangenenbefreiung aufgehen zu lassen. Aber selbst wenn man den § 122 a entsprechend den bisherigen Entwürfen selbständig neben den Bestimmungen über Gefangenenbefreiung im kommenden Strafgesetzbuch bestehen ließe, würde das nichts an der hier vertretenen Auffassung ändern. Entscheidend ist und bleibt die völlige Gleichstellung der in Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus Untergebrachten mit den Gefangenen der §§ 120—122 StGB.

Die völlige Angleichung des § 122 a an die Bestimmungen über Gefangenenbefreiung überbrückt auch den Unterschied, der eigentlich zwischen dem Charakter der Strafvorschriften (§ 120—122) und den Maßregeln der Sicherung und Besserung besteht (z. B. § 122 a). Strafe ist rechtliche Sühne und Vergeltung[50]) eines in der Vergangenheit liegenden Verbrechens, während sichernde und bessernde Maßregeln Vorbeugungsmaßnahmen gegen drohende Gefahren sind, die sich damit nach Grund, Mittel und Zweck von der Strafe unterscheiden. Beide, Strafe als Repression und Maßregel als Prävention, stehen aber trotz der Verschiedenheit ihrer leitenden Gedanken vollwertig nebeneinander[51]). Deshalb können auch dieselben Grundsätze, die bei der Befreiung aus der Gefangenschaft gelten bei der Befreiung aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus zur Anwendung kommen. Durch die Aufnahme von Maßregeln der Sicherung und Besserung in das Strafgesetzbuch anstelle eines besonderen Gesetzes gibt der Gesetzgeber auch zu erkennen, daß die Bewertung nach denselben Gesichtspunkten erfolgen soll[52]).

---

50) Steinaecker, Verbrechensbekämpfung im dritten Reich in Dt. Recht 1935 S. 58 und Schoetensack, Strafe und sichernde Maßnahme in Grundzüge eines allg. Dt. Strafrechts, S. 90 ff.

51) Strafe und Maßregel müssen nebeneinander angeordnet werden. Das Gesetz v. 24. 11. 33 hat die Doppelspurigkeit der Gegenwirkungen gewählt. Ebenso Schoetensack a.a.O., Mezger § 76, S. 518; Gleispach in Dt. Justiz, Monatsbeil. Das Recht, 1935, Nr. 991. Damit hat man die Vorschläge in der Denkschrift d. pr. Justizministers S. 114/138 über Einspurigkeit durch langwierige Strafen zur Unschädlichmachung und Heilung des Verbrechers unberücksichtigt gelassen.

52) Mezger, Lehrbuch S. 1 ff. und Leipziger Kommentar, Nachtrag S. 6: Strafe muß durch Maßregeln ergänzt werden. Die Maßregeln gehören in das Gebiet des Strafrechts im weiteren Sinne; vgl. dazu auch Zeitschr. d. Akademie f. Dt. Recht 1. Jahrg., Heft 4, S. 162; Ebenso bereits vor Erlaß des Gesetzes vom 24. 11. 1933 Coenders S. 271.

a) Bei der Handlung des § 120 StGB.

Der Normalfall der Gefangenenbefreiung wird nach geltendem Recht in den Paragraphen 120, 121 StGB. behandelt. Demzufolge ist auch der Normalfall der Befreiung aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus der der §§ 120, 121 StGB.

Das bedeutet, daß nach § 120 StGB. derjenige, der einen in Sicherungsverwahrung oder einem Arbeitshaus Befindlichen aus der Gefangenschaft oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Begleitung, Beaufsichtigung oder Bewachung er sich befindet, vorsätzlich befreit oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich behilflich ist, mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft wird.

Der Versuch ist strafbar.

Strafbar ist nur die vorsätzliche Befreiung, doch genügt dolus eventualis.

Täter kann nach § 120 StGB. jeder beliebige Dritte sein außer dem Aufseher und demjenigen, der in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus untergebracht ist. Die Befreiung auf Grund des § 120 als Delikt gegen die Staatsgewalt verlangt einen Angriff, der sich richten muß gegen die durch die Festhaltung von in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus befindlichen Personen zum Ausdruck kommende Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt[53]). Die unberechtigte Einwirkung kann bestehen in der Ausübung von Zwang, Drohung oder Täuschung. Jedoch liegt in dem Verlangen eines Dritten dem Beamten gegenüber, einen in der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachten freizulassen, noch kein Angriff, es muß vielmehr hinzukommen, daß eine Willensbetätigung ausgeübt wird, die darauf abzielt, den Untergebrachten der Gewalt des Beamten durch eine unberechtigte Gegenwirkung gegen dessen Amtsausübung zu entziehen. Auch Bitten auf Freilassung genügen nicht[54]). Die Befreiung des § 120 StGB., die einmal in der vorsätzlichen Befreiung und zum anderen in der vorsätzlichen Beihilfe zur Selbstbefreiung bestehen kann, ist vollendet, wenn die Abschlußvorrichtungen der Gefangenenanstalt[55]), die dauernd für die Aufnahme von zur Sicherungsverwahrung oder Arbeitshaus Verurteilten bestimmt sind, tatsächlich überwunden sind. Vollendung liegt daher noch nicht vor, wenn der Untergebrachte noch innerhalb der Anstalt versteckt gehalten wird. Liegt keine Internierung in einer Gefangenenanstalt vor, dann tritt Vollendung erst ein, wenn die Gewalt der beaufsichtigenden Person überwunden ist. Die Dauer des Entkommens aus der Gewalt der in § 120 StGB. aufgezählten Personen spielt keine Rolle.

Der Versuch nach § 120 ist strafbar, da dies ausdrücklich im Gesetz bestimmt ist, und zwar bezieht sich die Strafbarkeit des

---

53) RG. Bd. 34 S. 8.
54) RG. Bd. 34 S. 8.
55) vgl. Lambach S. 27.

Versuchs sowohl auf die Befreiung als auch auf die vorsätzliche Beihilfe zur Selbstbefreiung [56]). Versuch der Beihilfe zur Selbstbefreiung liegt z. B. vor, wenn jemand dem in Sicherungsverwahrung Befindlichen Ausbruchswerkzeuge aushändigt. Überwindet er aber mittels der Werkzeuge die Abschlußvorrichtungen tatsächlich, dann ist das Delikt des § 120 StGB. vollendet.

Wer einen in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachten aus der Verwahrung befreit, vereitelt zugleich die Vollstreckung [57]) der Maßregel. Eine Bestrafung nach dem neuen § 257 a StGB. ist aber nicht möglich, da diese Vorschrift gegenüber §§ 120, 121, 122 a nur subsidiäre Bedeutung hat [58]) [59]).

b) Bei der Befreiung durch Beauftragte und Hafthalter, § 121 StGB.

Während § 120 sich auf jeden Dritten bezieht, bedroht § 121 StGB. i. V. mit § 122 a StGB. denjenigen, der vorsätzlich einen in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Befindlichen, mit dessen Beaufsichtigung oder Begleitung er beauftragt ist, entweichen läßt oder dessen Befreiung befördert, mit Gefängnis bis zu 3 Jahren. Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert worden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu 3 Monaten oder Geldstrafe ein.

Die hier wiedergegebene Fassung des § 121 StGB. zeigt wie bei § 120, daß ein einfacher Zusatz genügt, den § 122 a StGB. zu beseitigen. Durch den Zusatz würde auch keine Verwirrung angerichtet oder die Bestimmung des § 121 StGB. unübersichtlich gestaltet.

Nur derjenige ist gemäß § 121 StGB. zur Beaufsichtigung oder Begleitung (nicht Bewachung) beauftragt, der von einem amtlichen Organ, d. h. von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten den Auftrag erhalten hat. Der Beauftragte erhält durch den Auftrag die Befugnis, das anzuordnen, was zur Ausführung seines Auftrages erforderlich ist. Dies geht so weit, daß er in besonders gelagerten Fällen auf Grund der ihm zustehenden Macht seinerseits einen Auftrag zur Beaufsichtigung oder Begleitung der ihm anvertrauten Gefangenen erteilen darf. Das kann z. B. dann in Frage kommen, wenn der Transport von in Sicherungsverwahrung oder einem Arbeitshaus Befindlichen die Hinzuziehung weiterer Personen zur reibungslosen Durchführung notwendig macht und der Dritte den Auftrag angenommen hat, oder doch hierzu verpflichtet war [60]). Die Beauftragung geschieht dann an Stelle des amtlichen Vertreters.

---

56) vgl. hierzu Frank zu § 120 StGB. V, S. 236. Siehe weiter RG. in Goltd. Archiv Bd. 59 S. 116.

57) vgl. RG. Bd. 67 S. 31.

58) Ebenso Pfundtner-Neubert zu § 122a u. Schäfer-Schafheutle S. 204 ff.

59) Wegen Beihilfe und Anstiftung zur Vollstreckungsvereitelung vgl. RG. Bd. 57, 352; 60, 346.

60) RG. Bd. 7 S. 103.

Der Tatbestand des § 121 StGB. liegt dagegen nicht vor, wenn der Auftrag, die Aufsicht zu übernehmen nicht von dem zuständigen Beamten oder dessen Vertreter erteilt wird. Wird ein aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Entwichener gemäß § 127 StPO. von einer Privatperson festgenommen und einem Dritten übergeben, der ihn entkommen läßt, dann fehlt es an einem Auftrag im Sinne der vorliegenden Gesetzesstelle. Der Auftrag braucht nicht unbedingt einem Beamten erteilt zu werden, auch eine Privatperson kann beauftragt sein [61]). Dies liegt insbesondere dann vor, wenn dem Krankenwärter in einem Krankenhaus die Beaufsichtigung oder Begleitung eines zu Sicherungsverwahrung oder zu Arbeitshaus Verurteilten obliegt [62]). Die Krankenstube ist dann als Gefangenenanstalt zu betrachten [63]). Der Krankenwärter ist nach dieser Entscheidung verpflichtet, Sicherheitsaufsicht zu führen. Dasselbe gilt für Privatpersonen, denen von der Gefängnisverwaltung Sicherungsverwahrte oder Arbeitshausinsassen zur Arbeit überlassen sind und denen kein besonderer Aufseher beigegeben ist.

Die in § 121 StGB. unter Strafe gestellte Handlung kann bestehen:

1. in dem vorsätzlichen Entweichenlassen des im Arbeitshaus oder in Sicherungsverwahrung Untergebrachten oder
2. durch Beförderung der Befreiung.

Diese Gegenüberstellung zeigt, daß im ersteren Fall die unterlassene Verhinderung der Selbstbefreiung gemeint ist, während im zweiten Fall die Beförderung der Befreiung eine positive Tätigkeit voraussetzt. Es erscheint deshalb eine scharfe Trennung dieser beiden Möglichkeiten angebracht. Dies wird allerdings nicht immer leicht sein. Das Reichsgericht stellt die Möglichkeit einer scharfen Unterscheidung in Abrede [64]).

Unter Entweichen [65]) ist nicht bloß die Flucht, sondern jede Handlung zu verstehen, die in einer vom Gesetz nicht gebilligten Form den Zustand der Internierung in der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus aufhebt [66]). Auf die Dauer des Freiseins kommt es nicht an. Das Befördern der Befreiung kann durch direkte Befreiung oder durch Unterstützung der Selbstbefreiung mittels positiver Tätigkeit erfolgen [67]).

---

61) RG. Bd. 7 S. 103.
62) RG. Bd. 19 S. 330.
63) RG. Bd. 19 S. 56.
64) RG. Bd. 5 S. 324.
65) RG. Bd. 9 S. 40.
66) Aufhebung der Gefangenenschaft auch, wenn der Gefangene von der Möglichkeit der beliebigen Entfernung keinen Gebrauch macht und nicht die Absicht hat, sich der Verbüßung der Strafe zu entziehen. So RG. in LZ. 19, S. 387 und RG. Bd. 57, 75. Damit ist die abweichende Ansicht in RG. Bd. 26, 334 aufgegeben.
67) Olshausen Note 3 zu § 121 StGB.

Nach Abs. 2 von § 121 StGB. wird die fahrlässige Beförderung der Entweichung unter Strafe gestellt. Voraussetzung für das fahrlässige Handeln ist sowohl die Schaffung günstigerer Bedingungen für die Entweichung durch Außerachtlassen der erforderlichen Vorsicht als auch Vorhersehbarkeit der Entweichung. Es muß hinzukommen, daß die Befreiung oder Entweichung gerade unter Benutzung der vom Täter herbeigeführten Erleichterung stattfand [68]), da anderenfalls von einer Beförderung der Befreiung nicht mehr die Rede sein kann.

Das Entweichenlassen des Abs. 2 umfaßt anders als in Abs. 1 jede Entziehung aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus, einerlei, ob dieselbe durch den Untergebrachten selbst oder durch Dritte mit oder ohne Zutun des Gefangenen erfolgte [69]).

§ 121 und § 120 StGB. sind hinsichtlich der Vollendung des Delikts gleich zu behandeln. Es gilt das bei § 120 Gesagte auch für § 121 StGB.

Gegenüber § 121 StGB. hat § 257 a StGB. nur subsidiäre Bedeutung. Ist mit der Befreiung auf Grund des § 121 zugleich die Vollstreckung der Maßregel verletzt, so kann Bestrafung doch nur aus § 121 StGB. erfolgen.

Der Versuch nach § 121 ist gemäß § 43 Abs. 2 StGB. nicht strafbar, weil es sich nur um ein Vergehen handelt, und der Versuch nicht ausdrücklich in § 121 StGB. erwähnt wird.

Der § 121 StGB. steht in engstem Zusammenhang mit § 347 StGB., dessen Behandlung später erfolgt. Der Unterschied besteht fast ausschließlich in der Person des Täters. Nach § 347 StGB. kommt nur ein Beamter, nach § 121 StGB. dagegen nur ein Beauftragter als Täter in Frage. Trotzdem sind beide Bestimmungen im geltenden Recht gänzlich voneinander getrennt behandelt.

c) Bei der Meuterei des § 122 StGB.

Die Selbstbefreiung des Gefangenen ist nach geltendem Recht regelmäßig straflos. Nach den bisherigen Ausführungen über die Gleichstellung des § 122 a mit den §§ 120—122 StGB. müßte demzufolge auch die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus straflos sein. Dies kann aber nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Im einzelnen wird hierzu auf die weiter unten folgenden Darlegungen (III) verwiesen. Strafbar war die Selbstbefreiung des Gefangenen nach geltendem Recht nur dann, wenn sie in der Form der Meuterei [70]) auftrat.

Das bedeutet für die Gleichstellung der Fälle des § 122 a StGB. mit den Gefangenen des § 122 StGB., daß Personen, die sich in Si-

---

68) RG. Bd. 15 S. 345.

69) Olshausen Note 2 zu § 121 StGB.

70) Meuterei ist aber keine qualifizierte Selbstbefreiung, denn es gibt keine strafbare Selbstbefreiung. (Vgl. Mayer a.a.O. S. 15).

cherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus befinden, und die sich zusammenrotten, und mit vereinten Kräften die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten angreifen, denselben Widerstand leisten oder es unternehmen, sie zu Handlungen oder Unterlassungen zu nötigen wegen Meuterei mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft werden.

Gleiche Strafe tritt ein, wenn die in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachten sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewaltsamen Ausbruch unternehmen.

Diejenigen Meuterer, welche Gewalttätigkeiten gegen die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten verüben, werden mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

Der § 122 StGB. setzt ein Zusammenrotten voraus [71]). Hierunter versteht man wie in § 115 StGB. das räumliche Beisammensein von Personen in Sicherungsverwahrung oder einem Arbeitshaus in der erkennbaren Absicht, die durch die Zusammenscharung erlangte Macht zu alsbaldigem, gemeinschaftlichen [72]) und rechtswidrigem Handeln einzusetzen [73]). Das Zusammenrotten verlangt, daß die an der Zusammenrottung Beteiligten nicht räumlich voneinander getrennt sind [74]). Wohl können die an der Zusammenrottung Beteiligten vorher räumlich voneinander getrennt gewesen sein. Zur Strafbarkeit genügt bereits die vorsätzliche Beteiligung an der Zusammenrottung [75]) und das Bewußtsein, daß die Rotte sich anschickt, Gewalttätigkeiten zu begehen. Im übrigen kann die Zusammenrottung verabredet und zufällig sein. § 122 StGB. läßt nicht erkennen, wieviel Personen zu einer Zusammenrottung erforderlich sind. Nach der Praxis genügen bereits zwei [76]). Jede weitere Mutmaßung über eine andere Anzahl könnte keine glückliche Lösung darstellen.

§ 122 StGB. verlangt weiter, daß die Zusammenrottung mit vereinten Kräften geschieht. Gemeinsame Verabredung allein genügt nicht [77]). Allerdings brauchen nicht alle Gewalttätigkeiten durch Einsatz von Körperkraft zu begehen, es genügt, wenn die Übrigen den an den Gewalttätigkeiten Beteiligten wenigstens Rückhalt zu bieten und nötigenfalls selbst aufzutreten bereit sind [78]). Die Wider-

---

71) RG. Bd. 50, 85; 54, 313; 55, 67.

72) Geschlossenes Auftreten braucht nicht in der Absicht zu erfolgen, einen besonderen Eindruck zu machen RG. Bd. 55, 67.

73) siehe insbesondere noch Heilborn in Zeitschr. f. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 18, S. 170 ff.; Frank § 115 StGB.; Meyer-Allfeld zu § 122 StGB.

74) vgl. RG. Bd. 2, 80; 3, 1 und 50, 85.

75) Meyer-Allfeld S. 645.

76) JW. 1934 S. 3281 Nr. 19.

77) RG. Bd. 50 S. 85.

78) RG. Bd. 15, 217; 17, 47: Das Reichsgericht läßt bloße Gegenwart genügen, wenn dadurch Entschlossenheit der anderen erhöht wird. — a. M. u. a. Freudenthal S. 136.

setzlichkeit als solche kann auch von einer einzelnen Person begangen werden [79]).

Ein gewaltsamer Ausbruch mit vereinten Kräften erfordert darüberhinaus, daß die äußere Umschließung gewaltsam beseitigt wird [80]). Wird der Widerstand mittels eines falschen Schlüssels gebrochen, so verneint das Reichsgericht die Gewaltsamkeit des Ausbruchs und bejaht eine solche erst dann, wenn das Schloß dem falschen Schlüssel größeren Widerstand entgegensetzt [81]). Der Zweck der Meuterei braucht nicht notwendig in der eigenen Befreiung zu liegen und ist für den Tatbestand des § 122 StGB. völlig nebensächlich.

Die strafbare Handlung nach Abs. 1 setzt einen Angriff gegen Personen voraus und zwar müssen die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Betrauten angegriffen werden oder es muß denselben Widerstand geleistet werden oder es muß unternommen [82]) werden, sie zu Handlungen oder Unterlassungen zu nötigen.

Nach Abs. 2 richtet sich die Meuterei gegen Sachen derart, daß die in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachten sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewaltsamen Ausbruch [83]) unternehmen.

Die Nötigung in Abs. 1 erfordert nicht unbedingt Gewalt oder Drohung [84]). Es genügt jede die Willensfreiheit des Bamten einschränkende Zwangsausübung, z. B. Verweigerung der Außenarbeit, um in die Anstalt zurückgeführt zu werden [85]).

Das Unternehmen verlangt eine vollendete, d. h. vollständig durchgeführte Tat und schließt demnach Vorbereitungshandlungen nicht mit ein. Beschaffung, Herrichtung oder Bereitstellung von Mitteln zur Bewerkstelligung eines Ausbruchs kann noch als straflose Vorbereitung des Vergehens nach § 122 StGB. angesehen werden [86]).

Der gewaltsame Ausbruch nach Abs. 2 setzt nicht den Willen voraus, sich dauernd aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus zu befreien [87]). Die Gewaltsamkeit gegen Sachen genügt [88]).

Unter Gewalttätigkeiten i. S. des Abs. 3 sind Eingriffe gegenüber von Personen unter unberechtigter Anwendung von körper-

---

79) RG. Bd. 20, 303; 30, 391.
80) RG. Bd. 27, 397.
81) RG. Bd. 17, 47; 49, 429.
82) Unternehmen bedeutet vollendete Straftat oder Versuch, nicht auch Vorbereitungshandlung. RG. Bd. 66 S. 97.
83) RG. Bd. 41, 357/8; 49, 429; 54, 316.
84) RG. Bd. 58 S. 76; — a. M. Mayer S. 18; Hofmann S. 95; desgl. Oppenhof und Olsh.
85) RG. Bd. 58, 76.
86) RG. Bd. 42, 266.
87) RG. Bd. 41, 357.
88) RG. Bd. 55, S. 67.

lichem oder mechanischem Zwang zu verstehen. Die Einwirkung auf den Körper kann mittelbar oder unmittelbar erfolgen. Jedoch reicht seelischer Zwang nicht aus [89]).

B. I. 4. Das Entweichenlassen der in der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Befindlichen durch Beamte nach § 347 Abs. 3 StGB.

Es wurde bereits erwähnt, daß § 347 StGB. aufs engste mit § 121 StGB. zusammenhängt, und sich fast nur in der Person des Täters von letzterer Bestimmung unterscheidet.

Nach § 347 StGB. wird ein Beamter, welcher einen Gefangenen, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, vorsätzlich entweichen läßt oder dessen Befreiung vorsätzlich bewirkt oder befördert, mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat ein.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert oder erleichtert worden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 6 Monaten oder Geldstrafe ein.

Auf Grund des Gewohnh.Verbr.Gesetzes steht jetzt in Absatz 3 [90]) einem Gefangenen gleich, wer in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus untergebracht ist.

Gefangener ist auch hier nicht, wer in einer Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt oder einem Asyl untergebracht ist. Ein Beamter, der einen solchen Untergebrachten entweichen läßt, oder seine Befreiung bewirkt oder befördert, kann nicht auf Grund des § 347 StGB. bestraft werden, seine Bestrafung richtet sich vielmehr nach § 346 StGB.[91]).

Ebenso wie nun durch die Gleichstellung der in Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus Befindlichen (§ 122 a) mit den Gefangenen der §§ 120—122 StGB. die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung für § 122 a StGB anzuerkennen sind, gilt dasselbe im Verhältnis von Abs. 3 zu Abs. 1 und 2 dieser Vorschrift. Weiter kommt hinzu, daß § 347 StGB. eigentlich nur eine Erweiterung des § 121 StGB. darstellt [92]) und deshalb weitere Ausführungen hierzu schon aus diesem Grunde überflüssig erscheinen.

Nach § 347 StGB. kann sich nur ein Beamter strafbar machen. Die Definition des Begriffs Beamter gibt § 359 [93]) StGB.. Nicht not-

---

89) RG. Bd. 52, 34; 54, 88; 35, .

90) Abs. 3 von § 347 StGB. eingeführt durch Art. 3 Ziff. 20 des Gesetzes vom 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 995).

91) JW. 1934 S. 458 I. und III und die Ausführungen bei Schäfer-Schafheutle S. 216/7 zu § 346 StGB.

92) Demzufolge hatten die Entwürfe von 1925 und 1927 bereits § 347 StGB. gestrichen und dem § 121 StGB. einen Abs. 3 für den Fall hinzugefügt, daß der Täter in oder bei Ausübung eines Amtes handelte. (§ 148 Abs. 3, Entwurf 1925 und § 156 Abs. 3, Entwurf von 1927).

93) vgl. auch Meyer-Allfeld S. 688.

wendig ist, daß die Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung der in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Befindlichen zu den amtlichen Funktionen des Beamten gehört, wohl aber, daß ihm gerade mit Rücksicht auf seine Beamteneigenschaft die Beaufsichtigung anvertraut ist. Das Delikt des § 347 StGB. ist ein sogenanntes uneigentliches Amtsdelikt, denn die Beamteneigenschaft des Täters bildet nur einen Straferhöhungsgrund, schließt aber nicht aus, daß der Tatbestand auch von anderen Personen erfüllt werden kann. Hierdurch unterscheidet sich § 347 StGB. von einem Sonderdelikt [94]).

Obwohl § 347 StGB. von Anvertrauen spricht, ist das begrifflich doch dasselbe, als wenn jemand wie in § 121 StGB. beauftragt ist. Ein Unterschied der beiden gesetzlichen Bestimmungen ist hierin nicht zu erblicken. Für die Frage, wann der in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeithaus Untergebrachte dem Beamten anvertraut ist, ist nicht allein maßgebend, daß die Übergabe von der zuständigen Stelle erfolgt ist, es muß hinzukommen, daß der Beamte die betreffende Person auch übernommen hat. Nach der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 13 S. 254 setzt der Begriff des Anvertrauens einen Übergabeakt nicht voraus [95]). Demzufolge liegt ein Anvertrauen nach dem Reichsgericht auch dann vor, wenn der Beamte gesetzlich zur Beaufsichtigung verpflichtet ist, also eine amtliche Pflicht zur Beaufsichtigung besteht [96]). § 347 StGB. muß jedoch entfallen, wenn der Beamte die Übernahme ausdrücklich ablehnt [97]). Die Übernahme kann sonst stillschweigend geschehen, nur muß der amtlich dazu berufene Beamte die Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung übernommen haben, wenn er auch im übrigen die Verwahrung durch untergeordnete Organe besorgen läßt.

Der Abs. 1 von § 347 StGB. erfordert Vorsatz, jedoch genügt dolus eventualis [98]).

Im einzelnen kann die Tat des § 347 Abs. 1 bestehen im vorsätzlichen Bewirken oder Befördern der Befreiung [99]). Ebenso wie im § 121 StGB. finden wir auch hier den Unterschied der unterlassenen Verhinderung der Selbstbefreiung und die Förderung der Befreiung mittels positiver Tätigkeit. Der Täter kann sich also un-

---

94) vgl. Binding, Grundriß I § 24, 6. Aufl.

95) A. A. Frank, der Übergabeakt von einem Beamten an einen anderen Beamten verlangt. (§ 347 I) Vermittelnd Hofmann a.a.O. S. 104.

96) RG. Bd. 8, 313; 27, 209.

97) Ebenso Olsh. zu § 347 StGB., der den Nachdruck auf das Übernehmen legt. Gleichfalls Mayer S. 8/9 bezeichnet den Übernahmeakt als wesentlich.

98) RG. Bd. 26 S. 334.

99) Die beiden letzten Alternativen „bewirken" und „befördern" sind gleichwertige positive Handlungen; sie stehen im Gegensatz zum „entweichen lassen", das im Unterlassungsdelikt darstellt. (Vgl. hierzu Ebermayer § 347 Ziff. 5).

tätig verhalten oder selbst tätig werden. Demzufolge muß der Vorsatz des Abs. 1 neben der Kenntnis, daß es sich um einen in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten handelt, das Bewußtsein umfassen, daß die Handlung oder Unterlassung geeignet ist, die Entweichung oder Befreiung zu ermöglichen bezw. zu erleichtern. Der Vorsatz ist nicht ausgeschlossen, wenn die Verwahrung nur vorübergehend in der Annahme aufgehoben ist, der Untergebrachte werde nach kürzerer oder längerer Zeit freiwillig zurückkehren [100]). Es genügt, daß der Täter vorübergehend den Untergebrachten auf freien Fuß setzen wollte, und diesen Vorsatz auch ausgeführt hat. Allerdings muß tatsächlich in dem Zustand der Verwahrung eine Änderung eingetreten sein. Der Untergebrachte muß die Möglichkeit gehabt haben, sich nach Belieben zu entfernen, selbst wenn ihm dies gar nicht bewußt geworden ist [101]). Jedoch liegt keine Aufhebung vor, wenn die Bewachung nur vorübergehend aufgehört hat, ohne daß es zu einer Befreiung gekommen ist [102]). Läßt ein Aufseher einen im Arbeitshaus oder der Sicherungsverwahrung Untergebrachten Gänge in die Stadt machen, so ist der Tatbestand des § 347 StGB. erfüllt, selbst wenn der Untergebrachte nicht den Willen hat [103]), zu entfliehen und später auch tatsächlich in das Gefängnis oder das Arbeitshaus zurückkehrt. Eine besondere Absicht wird also nicht verlangt, es genügt die Vorsätzlichkeit der äußeren Handlung [104]). Im übrigen genügt ganz allgemein die Aufhebung des behördlichen Gewahrsams [105]).

Vollendet ist die Tat sowohl nach Abs. 1 als auch nach Abs. 2 mit der Aufhebung der Gefangenschaft [106]).

In Abs. 2 von § 347 StGB. ist die fahrlässige [107])Beförderung oder Erleichterung der Entweichung ohne den oben in Abs. 1 aufgezeigten Unterschied unter Strafe gestellt. Abs. 2 umfaßt auch die fahrlässig herbeigeführte Befreiung durch Dritte [108]). Fahrlässigkeit [109]) ist gegeben, selbst wenn die konkrete Art der Entweichung nicht vorhersehbar gewesen ist [110]). Nur muß die Möglichkeit der Entweichung überhaupt erkennbar gewesen sein [111]). Es genügt, daß

---

100) RG. Bd. 26 S. 53.
101) RG. Bd. 57 S. 76.
102) RG. Bd. 26 S. 334.
103) vgl. hierzu auch JW. 1934 S. 42.
104) JW. Bd. 37 S. 763.
105) JW. 1934, 42.
106) RG. Bd. 41 S. 119; Frank II zu § 347 StGB.
107) Über fahrlässige Gefangenenbefreiung eines Polizeibeamten vgl. RG. Bd. 67, 298; DRZ. 1933, 694.
108) RG. Bd. 5 S. 324.
109) Über Fahrlässigkeit eines Gefängnisinspektors bei der Berechnung der Strafdauer und nunmehr auch zum B. bei der Berechnung der Dauer der Sich.Verw. vgl. RG. Bd. 58, 271: Für Bürobeamte RG. Bd. 27, 209.
110) RG. Bd. 15, 345.
111) RG. Bd. 41, 119.

durch die Pflichtwidrigkeit[112]) des Beamten dem Entweichen nach irgendeiner Richtung günstigere Bedingungen geschaffen sind und dadurch die gebotenen, durch pflichtmäßiges Verhalten des Beamten gewährleisteten Hindernisse der Flucht in einem praktisch ins Gewicht fallendem Maße gemindert sind.

Mit der bloßen Zuwiderhandlung gegen die Gefängnisordnung kann dagegen die Fahrlässigkeit nicht begründet werden[113]).

Der Versuch des Verbrechens nach § 347 StGB. Abs. 1 wird nach § 43, 44 StGB. bestraft, da die vorsätzliche Verübung der Tat ein Verbrechen ist. Dagegen ist eine Bestrafung beim Versuch des Vergehens nach Abs. 2 nicht möglich, da Versuch eines fahrlässigen Deliktes ausgeschlossen ist.

B. II. Die auf behördliche Anordnung in einer Anstalt Untergebrachten.

§ 42 a StGB. führt außer der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus als weitere Maßregeln der Sicherung und Besserung neu in das Strafgesetzbuch die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt ein. Aus der Gleichstellung der in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten mit den Gefangenen der §§ 120—122 StGB. hat § 122 a StGB. klar zum Ausdruck gebracht, daß bei den anderen aufgezählten Fällen der Unterbringung eine Gefangenenhaltung i. S. der §§ 120 ff. StGB. nicht vorliegt. Wer im einzelnen durch die Einführung der Bestimmungen des Gewohnh.-Verbr.-Gesetzes nicht mehr als Gefangener anzusehen ist, wurde bereits oben angeführt. Um auch bei ihnen den Vollzug der Unterbringung zu sichern, ist die neue Sondervorschrift des § 122 b StGB. geschaffen worden, die sich in ihrer Fassung eng an § 120 StGB. anlehnt.

Nach § 122 b StGB. wird, wer abgesehen von den Fällen der §§ 120, 121, 122 a StGB. vorsätzlich jemand, der auf behördliche Anordnung in einer Anstalt untergebracht ist, aus der Verwahrung befreit oder ihm das Entweichen erleichtert, mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag der Behörde ein, welche die Verwahrung bewirkt hat.

B. II, 1. Die behördliche Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt.

Die behördliche Anordnung der Unterbringung beschränkt sich, wie dies bereits unter B. I, 1 dargestellt wurde, nicht auf die

112) Keine Pflichtverletzung, wenn der Gefangene nur zur Flucht verleitet wird. RG. Bd. 54 S. 260.

113) RG. Bd. 15 S. 345.

Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, in einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt. Der Kreis der Personen, deren Unterbringung durch § 122 b StGB. gesichert werden soll, ist vielmehr sehr viel weiter und teils positiv, teils negativ begrenzt. Nach der positiven Bestimmung des § 122 b StGB. gehört zu ihm jeder, der auf behördliche Anordnung in einer Anstalt untergebracht ist, jedoch mit Ausnahme der Personen, die als Gefangene i. S. der §§ 120—122, 122 a StGB. anzusehen sind. Die subsidiäre Gestaltung des § 122 b StGB. gegenüber den §§ 120, 121 und 122 a StGB. läßt zudem erkennen, daß ohne eine genaue Abgrenzung der Gefangenen und der behördlich Verwahrten nicht auszukommen ist. Erst dann kann man beurteilen, wer abgesehen von den Fällen, die bereits durch § 122 a StGB. als Gefangene gekennzeichnet sind, nach Sinn und Zweck der neuen Bestimmungen als Gefangener oder als behördlich Verwahrter anzusprechen ist.

Als behördlich Verwahrte i. S. des § 122 b StGB. sind die in einem Asyl Untergebrachten anzusehen, weil durch die behördliche Anordnung der Unterbringung nur eine Verwahrung angeordnet werden soll.

Ebenso gehören hierher die Fürsorgezöglinge, die in einer Fürsorgeerziehungsanstalt untergebracht sind, allerdings mit Ausnahme der Fälle, in denen ein Fürsorgezögling zugleich noch Gefangener im Sinne der §§ 120—122 StGB. sein kann. Daß ein Fürsorgezögling zugleich auch Gefangener sein kann, wie dies nach der Einführung des § 122 b StGB. die Verweisung auf § 120 StGB. in § 76 JWG. ergibt, bleibt aber wohl auf die Fälle beschränkt, in denen er sich in Untersuchung oder in Strafhaft befindet und die Befreiung aus dieser Haft zu gleicher Zeit dem Zweck dient, den Fürsorgezögling der Fürsorgeerziehung zu entziehen. In allen anderen Fällen ist daran festzuhalten, daß die Befreiung von Fürsorgezöglingen aus einer Erziehungsanstalt nach § 122 b StGB. strafbar ist.

Weiter erstreckt sich die behördliche Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt auf die von der Verwaltungsbehörde in einer Irrenanstalt untergebrachten gemeingefährlichen Geisteskranken und Beschuldigte, deren Unterbringung und Beobachtung in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt das Gericht nach § 81 StPO. angeordnet hat.

In allen diesen Fällen muß die Unterbringung von der Verwaltungsbehörde angeordnet sein. Ist sie nur für statthaft erklärt, dann liegt keine behördliche Anordnung i. S. des § 122 b StGB. vor.

Die Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt für die Maßregeln der Sicherung und Besserung bleibt nach § 42 a ff. StGB. den Gerichten vorbehalten [114]).

---

114) Nach dem Entwurf von 1927 sollten die Gerichte die Maßregeln nur für zulässig erklären, und die Verwaltungsbehörden sie daraufhin anordnen. (Vgl. hierzu Rietsch in Dt. Justiz 1933, S. 746).

B. II, 2. Vorsätzliches Befreien aus der Verwahrung oder vorsätzliches Erleichtern des Entweichens.

Täter des Vergehens nach § 122 b StGB. kann jeder sein mit Ausnahme des Untergebrachten selbst, da seine Selbstbefreiung wie die des Gefangenen straflos ist. Als Täter scheiden weiter aus die Personen, die als Beamte wegen ihres Verhaltens nach § 346 StGB. neuer Fassung [115]) strafbar sind.

Anstiftung von seiten des Untergebrachten zu dem Vergehen des § 122 b StGB. ist denkbar und seine Bestrafung aus diesem Grunde möglich [116]).

Die strafbare Handlung besteht entweder darin, daß der Untergebrachte aus der Verwahrung vorsätzlich befreit oder ihm das Entweichen vorsätzlich erleichtert wird [117]).

Unter Befreien versteht man jede Handlung, die geeignet ist, für den Untergebrachten den tatsächlichen Zustand der Freiheit herbeizuführen. Mit welchen Mitteln das im einzelnen geschieht, ist gleichgültig. Auch ist es ohne Bedeutung, ob die Befreiung mit Einwilligung oder gegen den Willen des Untergebrachten erfolgt.

Der Begriff des Erleichterns setzt eine tatsächliche Förderung des Entweichens durch positive Tätigkeit voraus. Die allein auf Unterstützung des Entweichens abzielende Handlung kann nur als Versuch bestraft werden. Die positive Förderung des Erleichterns kann durch Rat oder durch Tat erfolgen.

Die strafbare Handlung des Befreiens ist erst mit dem wirklichen Freikommen vollendet. Für den bisher in der Anstalt Untergebrachten muß also der tatsächliche Zustand der Freiheit herbeigeführt sein.

Die Erleichterung des Entweichens setzt demgegenüber zur Vollendung des Delikts nicht voraus, daß der Untergebrachte auch wirklich entweicht; insoweit ist die Tat schon mit der Vornahme der Erleichterungshandlung vollendet.

Das Delikt des § 122 b StGB. verlangt subjektiv Vorsatz; es genügt jedoch auch dolus eventualis. Fahrlässiges Handeln ist in § 122 b StGB. nicht unter Strafe gestellt.

Nach Abs. 2 dieser Vorschrift wird die versuchte Befreiung aus der Verwahrung ebenso wie der Versuch der Erleichterung des Entweichens unter Strafe gestellt.

Die Befreiung nach § 122 b StGB. oder die Erleichterung des Entweichens, die mit Geldstrafe bestraft werden können, lassen das Delikt der behördlich Verwahrten gegenüber dem Delikt der Gefangenenbefreiung als weniger schwer erkennen [118]).

---

115) vgl. Schäfer-Schafheutle zu § 346, 5.

116) RG. Bd. 61 S. 31.

117) Eine alternative Feststellung hinsichtlich der beiden Tatbestandsmerkmale ist nach Schäfer-Schafheutle S. 200 zulässig.

118) Ebenso Schäfer-Schafheutle S. 200 zu § 122 b StGB.

Tateinheitliches Zusammentreffen des § 122 b StGB. mit Begünstigung (§ 257 StGB.) ist denkbar.

B. II, 3. § 122 b StGB. als Antragsdelikt.

Eine weitere Abschwächung des § 122 b StGB. gegenüber der Befreiung eines Gefangenen besteht darin, daß die Strafverfolgung gemäß Abs. 3 von § 122 b nur auf Antrag der Behörde eintritt, welche die Verwahrung bewirkt hat. Die Verwahrung wird von derjenigen Behörde [119]) bewirkt, die die Unterbringung in der Anstalt veranlaßt hat. Welche Behörde hierfür in Frage kommt, ergeben die landesrechtlichen Vollzugsvorschriften, soweit sie nicht durch die Verordnung vom 14. 5. 1934 über den Vollzug von Freiheitsstrafen und von Maßregeln der Sicherung und Besserung, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, außer Kraft gesetzt sind.

Hieraus folgt im einzelnen, daß bei der gerichtlich angeordneten Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt oder einem Asyl die Vollstreckungsbehörde gemäß § 451, 463 a StPO. die Verwahrung bewirkt.

Soweit die Unterbringung in Anstalten der inneren Verwaltung, an die die Vollstreckungsbehörde das Vollstreckungsersuchen gerichtet hat, erfolgt, bewirkt diese Verwaltungsbehörde i. S. des Abs. 3 von § 122 b StGB. die Verwahrung. Die Anstaltserziehung von Fürsorgezöglingen erfolgt durch die Fürsorgeerziehungsbehörde, es sei denn, daß das Vormundschaftsgericht den Vollzug übernommen hat und dann dieses an die Stelle der Fürsorgebehörde tritt. Bei der polizeilichen Unterbringung Geisteskranker bewirkt die zuständige Polizeibehörde die Verwahrung.

Die Zurücknahme des gestellten Strafantrags [120]) kann im Gegensatz zu § 76 JWG. bei § 122 b StGB. nicht erfolgen [121]); (vgl. § 64 StGB.) im übrigen gelten hinsichtlich des gestellten Strafantrags die Bestimmungen der §§ 61—65 StGB.

B. II, 4. Das Fehlen einer dem § 122 StGB. entsprechenden Vorschrift für die in einer Anstalt Verwahrten.

Es fällt auf, daß der Gesetzgeber für das Ausbrechen und Meuterei der gemäß § 122 b StGB. in einer Anstalt Verwahrten keine besondere Strafvorschrift erlassen hat. An sich wäre es doch angebracht und auch zweckmäßig, die behördlich Verwahrten wie die Gefangenen durch eine dem § 122 StGB. entsprechende Strafvorschrift mit Strafe zu belegen. Man hat aber wohl absichtlich eine

---

119) Zu dem Begriff der Behörde, welche die Verwahrung bewirkt vgl. im übrigen die Niederschrift über die 19. Sitzung des 18. Strafrechtsausschusses des Reichstags der V. Wahlperiode vom 5. 3. 1931, S. 5.

120) Über Antrag s. bei Meyer-Allfeld § 63 S. 318 ff.

121) Schäfer-Schafheutle S. 315.

derartige Bestimmung nicht in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Die amtliche Begründung[122]) besagt, daß eine besondere Strafvorschrift gegen Meuterei und Ausbrechen fehlt, da die allgemeinen Strafvorschriften für Gewalttaten ausreichend erscheinen. Dem ist beizupflichten, weil die Anwendbarkeit besonderer Vorschriften gegen Meuterei und Ausbrechen meist an der Frage der Zurechnungsfähigkeit scheitern wird[123]). Es kommt hinzu, daß bereits mehrere Schriftsteller bei der Gefangenenbefreiung mit Rücksicht auf § 115 StGB. die Bestimmung des § 122 StGB. für überflüssig halten. Tatsächlich kommt man bei den gemäß § 122 b StGB. Verwahrten mit den allgemeinen Strafvorschriften im Falle des Ausbrechens und der Meuterei aus[124]). Soweit die Strafbarkeit an der Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht scheitert, kommen in Frage die Bestimmungen über Widerstand § 113, Aufruhr § 115, Körperverletzung §§ 223 ff. StGB. usw.

B. III. Die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshause oder einer Anstalt.

Über die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus kann man sich mit Rücksicht auf die enge Verbundenheit des § 122 a StGB. mit den §§ 120—122 StGB. erst dann ein klares Bild machen, wenn man weiß, wie die Selbstbefreiung aus der Gefangenschaft vor dem Inkrafttreten des Gewohnh.-Verbr.-Gesetzes behandelt wurde.

Die einfache Selbstbefreiung, die weder mittels einer Verschwörung noch auf gewaltsamem Wege erfolgte, konnte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 24. 11. 1933 mangels einer entsprechenden Bestimmung nicht bestraft werden. Sie war nur strafbar im Falle der Meuterei des § 122 StGB.[125]). Die Selbstbefreiung blieb straflos, weil das Gesetz aus humanen Beweggründen dem Freiheitsdrang eines Menschen Rücksicht schenken zu müssen glaubte[126]). Unter dem Einfluß der naturrechtlichen Schule und der Aufklärung hat sich dieser Grundsatz bis auf den heutigen Tag erhalten. Nur verhältnismäßig wenige Länder bestrafen die Selbstbefreiung und halten an der römisch-rechtlichen Auffassung fest[127]). Eingehend hat sich Heß[128]) mit der Frage der Selbstbefreiung auseinanderge-

122) Begründung zu dem Gesetz vom 24. 11. 1933 zu § 122 b StGB.
123) Ebenso Staudinger-Schmitt zu § 122 b gestützt auf die amtliche Begründung.
124) Ebenso Staudinger-Schmitt zu § 122 b StGB.
125) Meuterei ist keine qualifizierte Selbstbefreiung, da es keine strafbare Selbstbefreiung gibt. (vgl. Mayer S. 15).
126) RG. Bd. 3 S. 140.
127) Selbstbefreiung wird bestraft in Rußland, Japan, China, Vereinigten Staaten und England. Die anderen Staaten erkennen die Straflosigkeit der Selbstbefreiung grundsätzlich an. Vgl. hierzu Mayer S. 38 ff.
128) s. Heß S. 19 ff.

setzt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß ebenso wie der Mundraub aus denselben Gesichtspunkten auch die Selbstbefreiung zu bestrafen ist[129]). Im Anschluß an die Ausführungen von v. Kräwel im Gerichtssaal Bd. 34 S. 505 ff. schlägt er neben § 120 StGB. die Einführung einer Bestimmung vor, nach der bestraft wird, wer sich selbst befreit[130]). Die übrigen Schriftsteller[131]) und die Rechtsprechung[132]) hielten aber an dem Grundsatz fest, daß die Selbstbefreiung straflos sei.

Das Gewohnh.-Verbr.-Gesetz stellt nach der Einführung der Maßregeln der Sicherung und Besserung die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus ebenfalls nicht unter Strafe. Daraus folgt, daß entsprechend der bisherigen Handhabung der Straflosigkeit der Selbstbefreiung des Gefangenen auch der in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachte straflos bleiben muß, wenn er sich selbst befreit. Diesem Ergebnis kann nicht beigestimmt werden. Die Einführung der Maßregeln der Sicherung und Besserung verlangt vielmehr eine andere Einstellung zu der Frage der Selbstbefreiung. Dies ergibt sich aus dem Zweck, der mit den Maßnahmen auf Grund des Gewohnh.-Verbr.-Gesetzes verfolgt wird. Nachdem man erkannt hatte, daß die Strafe als Vergeltung vergangener Verbrechen gegen Wiederholung künftiger Taten versagte, bezwecken die Maßregeln der Sicherung und Besserung, soweit sie mit Freiheitsentziehung verbunden sind, den Verurteilten, nachdem er durch die Verbüßung der Freiheitsstrafe[133]) seine Tat gesühnt hat, durch die Verwahrung unschädlich zu machen. Nach Überwindung der liberalistisch, individualistischen Ideen durch den nationalsozialistischen Staat spielen die Person des einzelnen Rechtsbrechers und seine Belange keine entscheidende Rolle mehr[134]). Es kommt allein darauf an, die Interessen der Allgemeinheit[135]) in den Vordergrund zu rücken und die Volksgemeinschaft vor weiteren strafbaren Handlungen zu schützen. Würde man nun aber die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshause straflos lassen, so würde das dem Zweck der Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen widersprechen. Der Freiheitsdrang, auf den man biher bei der Selbstbefreiung des Gefangenen so viel Rücksicht zu nehmen müssen glaubte, kann schon allein deshalb hier außer Betracht bleiben, weil § 42 f. StGB. als entscheidendes Merkmal der mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung die unbestimmte Dauer im Gegensatz zu der Freiheitsstrafe einführt. Die Dauer der Unterbringung

129) s. Heß S. 62.
130) s. Heß S. 64.
131) Lambach S. 39; Hofmann S. 49; Mayer S. 12 und andere.
132) RG. Bd. 3 S. 140.
133) Freiheitsstrafe und Sicherungs- oder Besserungsmaßnahmen können nebeneinander angewandt werden. (Ebermayer, Nachtrag S. 7).
134) vgl. Zeitschrift d. Akademie f. Dt. Recht, Heft 4 S. 161 ff.
135) JW. 1935 S. 519.

erfolgt zum Schutze der Allgemeinheit grundsätzlich unbeschränkt, dauert jedenfalls solange, als ihr Zweck es erfordert[136]). Der Zweck, den der Staat mit der Unterbringung verfolgt, würde aber sabotiert, wollte man die Selbstbefreiung straflos lassen. Zudem liegt auch durch die Selbstbefreiung ein direkter Angriff des Untergebrachten gegen den Staat vor, der bestraft werden muß.

Das neue Strafgesetzbuch müßte also eine Vorschrift ähnlich der von Heß für die Selbstbefreiung von Gefangenen vorgeschlagenen Bestimmung enthalten, nach der bestraft wird, wer sich eigenmächtig aus der Sicherungverwahrung oder dem Arbeitshaus oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung Begleitung oder Bewachung er sich befindet, befreit.

Mit der Aufnahme einer derartigen Bestimmung in das Strafgesetzbuch würde dann der Staat auch rein äußerlich einen Trennungsstrich ziehen zwischen der bisher geübten Rücksichtnahme auf die Persönlichkeit des Verbrechers und der nunmehr einsetzenden ernsthaften Unschädlichmachung der Gewohnheitsverbrecher. Es darf nicht verwundern, daß die Entwürfe von 1925 und 1927 noch keine derartige Vorschrift aufweisen, da in ihnen trotz der tatsächlich für das Gewohnh.-Verbr.-Gesetz geleisteten Vorarbeit noch zuviel altes Gedankengut verwurzelt ist.

Umso mehr ist man erstaunt, daß der Kommentar von Schäfer-Schafheutle zu dieser Frage keine Stellung nimmt. Man findet nur bei § 122 b StGB. den Hinweis[137]), daß die gemäß dieser Vorschrift Untergebrachten wegen Selbstbefreiung ebenso wenig zu bestrafen sind wie die Gefangenen der §§ 120 ff. StGB. Daraus ist dann aber auch gleichzeitig zu entnehmen, daß dasselbe für die in Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus Untergebrachten zu gelten hat.

Würde der Gesetzgeber der hier vertretenen Meinung Rechnung tragen und die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus unter Strafe stellen, dann müßte er allerdings auch gleichzeitig zu der Frage der Selbstbefreiung des Gefangenen schlechthin Stellung nehmen, denn eine unterschiedliche Behandlung würde die Übersichtlichkeit der §§ 120 ff. StGB. in Frage stellen.

Nun muß aber dasselbe, was bezüglich der Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus gilt, auch für die Selbstbefreiung des Gefangenen gelten, denn der nationalsozialistische Staat verhängt die Strafe nicht nur, um den Rechtsbrecher zu bessern, sondern weist ihr wieder in erster Linie die Aufgabe zu, das Leben des Volkes zu schützen und in der Allgemeinheit das Gefühl der Sicherheit vor Rechtsfeinden herzustellen[138]). Deshalb

136) vgl. hierzu Schäfer-Schafheutle S. 132 zu § 42 f. StGB.
137) Kommentar von Schäfer-Schafheutle S. 198.
138) vgl. hierzu Strauß in DRZ. 35, 8; und Steinaecker in Dt. Recht 1935 S. 58.

scheint es durchaus dem Sinne eines nationalsozialistischen Strafrechts zu entsprechen, auch die Selbstbefreiung des Gefangenen zu bestrafen.

Die Forderung für das neue Strafrecht, es müsse die Ahndung einer auch nicht ausdrücklich für strafbar erklärten Handlung möglich sein, wenn es der gesunden Volksanschauung und dem einem bestimmten Strafgesetz zugrundeliegenden Rechtsgedanken entspreche, darf nicht dazu verleiten, die Einführung einer derartigen Bestimmung über die Selbstbefreiung aus der Gefangenschaft und damit zugleich die Straflosigkeit der Selbstbefreiung eines in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten überhaupt abzulehnen. An dem Grundsatz nulla poena sine lege [139]) hat der Gesetzgeber jedenfalls bisher festgehalten. Es muß deshalb eine Bestimmung gefordert werden, die die Selbstbefreiung sowohl des Gefangenen als auch des in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachten bestraft.

Die Einführung einer derartigen Bestimmung hat dann weiter zur Folge, daß die Beihilfe zur Selbstbefreiung nach § 49 StGB. strafbar wäre und der entsprechende Satz in § 120 StGB. wegzufallen hätte [140]).

Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß die Selbstbefreiung [141]) nach dem Militärstrafgesetzbuch § 79 [142]) bestraft wird.

Die bisherige Straflosigkeit der Selbstbefreiung des Gefangenen und in Zusammenhang damit die Straflosigkeit der Selbstbefreiung eines in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten müßte an sich zur Folge haben, daß auch die Beihilfe zur Selbstbefreiung (§ 49 StGB.) wegen Straflosigkeit der Haupttat straflos wäre. § 120 Abs. 1 behandelt aber die vorsätzliche Hilfeleistung ebenso wie die gewöhnliche Gefangenenbefreiung und stempelt hierdurch die an sich straflose Beihilfe zu einem eigenen Delikt.

Aus der Straflosigkeit der Selbstbefreiung folgt schließlich, daß auch derjenige, der einen in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Befindlichen lediglich anstiftet, ohne ihm gleichzeitig Hilfe zu leisten, straflos ist.

139) vgl. hierzu Freisler in Dt. Justiz 1934 S. 105 ff., der den Satz „nulla poena sine lege" für das kommende Strafrecht ablehnt; dagegen Gerland in Dt. Justiz 1934, S. 226.

140) s. Heß S. 64.

141) Für den Gefangenenbegriff des Mil.StGB. muß noch hinzukommen, daß die Freiheitsentziehung aus besonderen militärischen Gründen zum Nachteil einer dem Mil.StGB. unterworfenen Person erfolgt ist. (Vgl. hierzu Dietz S. 697 zu § 79 Mil.StGB.)

142) § 79 Mil.StGB., der im übrigen durch die bisherigen Änderungen des Militärstrafgesetzbuchs nicht betroffen worden ist, lautet:

„Ein Gefangener, welcher sich selbst befreit, wird, wenn nicht die härtere Strafe der Fahnenflucht verwirkt ist, mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten bestraft."

Es bleibt nun noch festzustellen, ob auch für die in einer Anstalt Verwahrten eine gesetzliche Vorschrift zu verlangen ist, die deren Selbstbefreiung bestraft.

Wenn auch für die sonstigen Maßregeln der Sicherung und Besserung ebenso wie bei der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus grundsätzlich die Unterbringung auf unbestimmte Dauer erfolgt und bei der Prüfung des Zweckes im Zweifel nicht zugunsten des Untergebrachten, sondern zugunsten der von dem Untergebrachten gefährdeten Allgmeinheit zu entscheiden ist, läßt es sich hier eher rechtfertigen, die Selbstbefreiung straflos zu lassen[143]).

Einmal besagen die in § 122 b StGB angedrohte geringe Strafe gegenüber den für § 122 a in den §§ 120—122 StGB. festgesetzten Strafen und zum anderen der gemäß Abs. 3 von § 122 b StGB. erforderte Antrag für die Strafverfolgung, daß das Delikt der Befreiung eines behördlich Verwahrten weniger schwer ist, als die Befreiung eines Gefangenen[144]). Aus diesem Grunde könnte also schon eine Bestimmung über die Selbstbefreiung eines behördlich Verwahrten fehlen. Bei den besonders schweren Fällen dürfte sich in Zukunft aber auch das Fehlen einer derartigen Bestimmung nicht besonders auswirken, da man nach dem Erlaß des neuen Strafgesetzbuchs im Strafrecht ebenso wie im Zivilrecht mit einer Rechtsanalogie weiterkommen wird[145]). Durch analoge Anwendung der neu eingeführten Bestimmung über die Selbstbefreiung des Gefangenen oder des in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Untergebrachten würde dann eine Bestrafung der behördlich Verwahrten erfolgen können.

B. IV. Teilnahme des in Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshaus oder einer Anstalt Untergebrachten an seiner eigenen von einem Dritten bewirkten Befreiung.

Solange die Selbstbefreiung aus der Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshaus oder einer Anstalt noch straflos ist, bleibt die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 48, 49 StGB. i. Verbindung mit §§ 120, 121, 122 a, 122 b, 347 StGB. für den Fall zu prüfen, daß der Untergebrachte einen Fremden anstiftet, ihn zu befreien. Ob der Gefangene, der an seiner eigenen von einer anderen Person bewirkten Befreiung als Anstifter oder Gehilfe teilnimmt, sich strafbar gemacht hat, ist bestritten. Die verschiedenen Meinungen zu dieser Streitfrage greifen damit von selbst auf die §§ 122 a, 122 b StGB. über.

---

143) Vgl. hierzu Schäfer-Schafheutle S. 198 zu § 122 b StGB.

144) Ebenso Schwarz zu § 122 b StGB.

145) Die Zulassung der Rechtsanalogie verlangt der Vorschlag des Strafrechtsausschusses der Akademie f. Dt. Recht. Ebenso Freisler in Dt. Strafrecht 1935 Heft 1—2, S. 1 ff.

Die erste Ansicht hält die Strafbarkeit für gegeben, weil eine andere Person angestiftet oder unterstützt wird und somit Teilnahme an der strafbaren Handlung eines anderen vorliegt, sodaß der Anstifter oder Gehilfe auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme strafbar ist.

Die zweite Meinung vertritt den Standpunkt, daß derjenige, der sich als Anstifter oder Gehilfe die Freiheit errungen hat, nicht strafbar sein kann, da er nicht einmal bestraft wird, wenn er das Gleiche als Täter erreicht.

Für die Strafbarkeit haben sich ausgesprochen das Reichsgericht, Olshausen, Oppenhoff und Beling[146]), wohingegen Binding, Frank, Kohler, Meyer-Allfeld und Freudenthal[147]) die Strafbarkeit verneinen.

Hofmann S. 63 ist der Meinung, daß die Streitfrage nur im Wege der Gesetzgebung[148]) gelöst werden kann. Mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts hält Meyer S. 14 diese von Hofmann vorgeschlagene Lösung für richtig.

Die Beweisführung des Reichsgerichts ist in sich ebenso einwandfrei wie die Beweisführung der von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen gegenteiligen Ansicht. Trotzdem weisen beide Meinungen Mängel auf. Das Reichsgericht läßt unberücksichtigt, daß der Gefangene, der sich selbst befreit, straflos ist, wohingegen die andere Auffassung den Grundsatz verletzt, daß der Teilnehmer an einer strafbaren Handlung zu bestrafen ist. Daß die vom Reichsgericht vertretene Meinung tatsächlich dem positiven Recht zuwiderläuft, versucht Herzog im Gerichtssaal Bd. 34 S. 81 ff. nachzuweisen.

Immerhin dürfte mit Rücksicht auf §§ 48, 49 StGB. vom Standpunkt des formalen Rechts der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht der Vorzug zu geben sein[149]).

C. Schluß: Resultate bezw. Vorschläge.

1. Um § 122 a StGB. mit den §§ 120—122 StGB. zu verschmelzen, ist

---

146) RG. Bd. 3, 140; 4, 812; 23, 69; 25, 329; 57, 418; 61, 31; Olshausen § 120 StGB., 7; Oppenhof 120 und Beling in Zeitschr. f. ges. Strafrechtswissensch. Bd. 18, 271 im Anschluß an RG. 23, 69.

147) Binding 591; Frank § 120 III; Kohler Studien I, 135; Meyer-Allfeld S. 232; v. Liszt S. 563; Freudenthal S. 105/6, 119; vgl. hierzu auch Denkschrift S. 117.

148) Ebenso Lambach S. 20.

149) Ebenso Heß S. 68; — dagegen Denkschrift S. 117: „Ein Gefangener, der sich selbst befreit, ist straflos: er kann nicht dadurch, daß er einen anderen dazu bestimmt, ihm bei seiner Selbstbefreiung zu helfen, strafbar werden.

a) in § 120 StGB. hinter Gefangenen zu setzen: „oder einen in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten aus der Gefangenenanstalt, dem Arbeitshaus oder der Gewalt usw."

b) in § 121 StGB. ebenfalls hinter Gefangenen die Worte: „oder einen in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten mit dessen Beaufsichtigung usw."

c) ebenso sind in § 122 StGB. hinter Gefangene die Worte einzufügen: „oder in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachte, welche sich zusammenrotten usw."

2. Um die Selbstbefreiung bestrafen zu können, müßte als § 120 a StGB. folgende Vorschrift in das Strafgesetzbuch neu aufgenommen werden:

„Wer sich aus der Gefangenenanstalt, dem Arbeitshaus oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, selbst befreit, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft. Der Versuch ist strafbar."

3. Gleichzeitig mit der Einführung des § 120 a StGB. sind in § 120 StGB. die Worte zu streichen:

„oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich behilflich ist."

4. Anstelle des § 347 StGB. ist der Tatbestand des § 121 StGB. durch einen Absatz 3 mit folgendem Wortlaut zu ergänzen:

„Ist die Handlung von einem Beamten begangen, dem kraft seines Amtes die Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung eines Gefangenen oder eines in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten anvertraut war, so tritt im Falle des Abs. 1 Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder, falls mildernde Umstände vorliegen, Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat, im Falle des Abs. 2 Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe ein."

Ein Vergleich der vorliegenden Arbeit[150]) mit den Ausführungen und Vorschlägen für das kommende Strafgesetzbuch von Dahm[151]) ergibt zunächst, daß wie bisher die Bestimmungen über Meuterei und Gefangenenbefreiung und die hiermit in Verbindung stehenden Vorschriften über Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus oder sonstiger behördlicher Verwahrung in dem Abschnitt „Widerstand gegen die Staatsgewalt" behandelt werden sollen. Allerdings

150) Ein Vergleich mit den Vorschlägen von Dahm war erst nach der Approbation möglich, da Gürtners, das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil bei Fertigstellung der Arbeit noch nicht erschienen war.

151) Dahm in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil S. 152 ff.

mit dem unwesentlichen Unterschied, daß im neuen Strafgesetzbuch künftig anstelle von „Widerstand" das Wort „Auflehnung" gebraucht werden soll.

Im Anschluß an § c[152]), der den Abs. 2 von § 122 StGB. ersetzen soll, bedroht Dahm dann in Übereinstimmung mit der vorliegenden Arbeit (S. 32 ff.) in § d[153]) das Entweichen von Gefangenen. Es ist sehr zu begrüßen, daß die Kommission sich nicht den Standpunkt der bisherigen Entwürfe zu eigen gemacht hat, vielmehr voll und ganz die Interessen der Allgemeinheit in den Vordergrund stellt. Durch § d ist damit gleichzeitig das Entweichen aus der Sicherungsverwahrung und dem Arbeitshaus bedroht, weil Dahm abweichend von den hier gemachten Vorschlägen in § f[154]) ausdrücklich wie im geltenden Recht die in Sicherungsverwahrung oder dem Arbeitshaus Befindlichen durch eine besondere Vorschrift den Gefangenen gleichstellt. Dies hat der Verfasser, der nur die Frage der Befreiung aus der Sicherungsverwahrung, dem Arbeitshaus oder sonstiger behördlicher Verwahrung zu behandeln hatte, dadurch erreichen wollen, daß er den Vorschlag gemacht hat, die §§ 122 a und 347 StGB. durch Ergänzungen der §§ 120—122 StGB. (vgl. S. 35/36, 1 a—c und 4) zu ersetzen. Hätte die vorliegende Arbeit zugleich auch eine Behandlung der Gefangenenbefreiung und Meuterei mitumfaßt, so wären ganz andere Vorschläge möglich gewesen.

Dahm faßt dann in § e[155]) die bisherigen Bestimmungen der §§ 120, 121 und 347 StGB. in einem einzigen Tatbestand zusammen. Es muß anerkannt werden, daß durch § e eine wesentliche Vereinfachung der heute in Frage kommenden Bestimmungen erfolgen würde. Durch das „wer" und „befreit" des Abs. 1 von § e sind damit die ganzen Aufzählungen in den §§ 120 und 121 StGB. überflüssig geworden, die bisher Literatur und Rechtsprechung in so erheblichem Maße beschäftigt haben. Immerhin muß erwähnt werden, daß durch die Beibehaltung der bisherigen Bestimmungen dasselbe Ziel erreicht würde, nachdem durch die bisherige Rechtsprechung zu den §§ 120 und 121 StGB. auch den Forderungen des nationalsozialistischen Staates bereits entsprochen worden ist.

Die Zusammenfassung der §§ 120, 121 und 347 StGB. in § e des Entwurfs und die Neueinführung von § d in das künftige Strafgesetzbuch machen den Vorschlag des Verfassers zu § 120 StGB. (S. 36 Ziff. 3) überflüssig.

Die Vereinfachung in der Abfassung der neuen Vorschriften ergibt sich weiter ganz besonders deutlich durch Abs. 2 von § e. Der Verfasser hat anstelle dieses Abs. 2 eine Ergänzung des § 121 StGB. vorgeschlagen.

Weiter ist festzustellen, daß die Kommission von einer Bestrafung des fahrlässigen Entweichenlassens von Gefangenen abwei-

152) Gürtner a.a.O. S. 163.
153) Gürtner a.a.O. S. 164.
154) Gürtner a.a.O. S. 164.
155) Gürtner a.a.O. S. 164.

chend vom geltenden Recht, das die vorliegende Arbeit insoweit übernommen hat, abgesehen hat, um das Grundstrafrecht nicht mit unwesentlichen Strafdrohungen zu belasten. Man hält in solchen Fällen die Anwendung des disziplinaren Einschreitens für angebracht und ausreichend.

Dann bringt Dahm als § g[156]) noch eine Neufassung des § 122 b StGB. in Vorschlag. Der Tatbestand des § g ist gegenüber § 122 b StGB. einfacher gefaßt und den voraufgehenden Bestimmungen über Gefangenenbefreiung angeglichen.

Er enthält neu eine Strafandrohung gegen Selbstbefreiung aus der behördlich angeordneten Anstaltverwahrung. Abs. 1 von § g könnte aber m. E. weggelassen werden, da man mit einer Analogie zu der Bestimmung über Gefangenenbefreiung auskommen kann. (vgl. S. 34).

Außerdem soll das Erfordernis des Antrages für die Strafverfolgung fortfallen. Dagegen wird in Abs. 3 von § g die Zustimmung der Behörde, die die Verwahrung bewirkt, in den Fällen der Selbstbefreiung des Abs. 1 verlangt.

Schließlich muß noch erwähnt werden, daß die Vorschläge von Dahm keine Strafandrohung für Versuch mehr enthalten. Dieser Neuerung kann nur zugestimmt werden, weil man damit im Gegensatz zum Täterstrafrecht ganz auf die Willensrichtung des Täters abstellt, es also weniger darauf ankommt, ob die Tat nur versucht oder bereits vollendet ist.

156) Gürtner a.a.O. S. 164.